

# CONCESSÕES PETROLÍFERAS E CONTRATAÇÃO PÚBLICA(\*)

Por Lino Torgal(\*\*)  
e Miguel Assis Raimundo(\*\*\*)

## *SUMÁRIO:*

**§ 1.º Considerações sobre a formação de contratos de concessão da prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo.** 1.1. Enquadramento normativo: o Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril. 1.2. Idem: o Código dos Contratos Públicos, de 2008. 1.3. Do impacto do CCP no Decreto-Lei n.º 109/94: em geral. 1.4. Idem: sobre a regulação do concurso público pelo Decreto-Lei n.º 109/94. 1.5. Idem: sobre a regulação da negociação direta pelo Decreto-Lei n.º 109/94. **§ 2.º Da (in)existência de regimes de contratação pública aplicáveis à aquisição de bens e serviços por concessionárias de atividades petrolíferas.** 2.1. Razão de ordem. 2.2. Concessões outorgadas antes da entrada em vigor do CCP. 2.3. Concessões outorgadas após a entrada em vigor do CCP. 2.4. O regime de extensão da aplicação do CCP (artigos 276.º a 277.º). **§ 3.º Conclusões.**

---

(\*) O presente estudo tem por base uma investigação realizada antes da revisão do Código dos Contratos Públicos, operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que republicou o diploma. Relativamente ao texto original, fizeram-se apenas ligeiras alterações e atualizações, tendo sobretudo por referência a nova versão do CCP, bem como alguns outros elementos relevantes entretanto surgidos.

(\*\*) Advogado e Docente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa).

(\*\*\*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogado.

**§ 1.º**  
**Considerações sobre a formação de contratos de concessão da prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo**

**1.1. Enquadramento normativo: o Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril**

1. A regulação jurídica da atividade de exploração comercial de campos de petróleo tem sido feita, no Direito administrativo português e na generalidade dos ordenamentos que lhe são próximos, por intermédio de diplomas legais autónomos. Decorrerá muito provavelmente aquele traço do sistema jurídico, não só do facto de estarmos perante uma específica atividade económica em si mesmo muito relevante, como da circunstância de ela estar agregada às não menos importantes atividades de prospeção e pesquisa, que, a montante, se assumem como essenciais para localizar e aferir a viabilidade comercial do próprio recurso energético em causa e que podem implicar, só por si, encargos significativos, que correspondem a investimentos que o promotor precisa de realizar.

A apontada especificidade da organização jurídico-legal daquela fileira de atividades do setor petrolífero não significa, porém, que estejamos perante uma matéria que possa permanecer incólume perante os movimentos e princípios jurídico-administrativos de ordem geral que se têm respetivamente registado e afirmado nos tempos mais recentes.

O presente estudo aborda justamente o regime das referidas atividades da fileira do petróleo do ponto de vista de uma das dimensões que tem estado em foco na evolução do Direito Administrativo das últimas décadas: a que se prende com o regime de *formação* dos contratos públicos que têm o desenvolvimento de tais atividades por objeto.

E isto numa dupla faceta: pretende saber-se, por um lado, qual o regime de formação dos contratos que, celebrados com entidades privadas, habilitam operadores económicos a dedicar-se à prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo. Mas é

nosso propósito analisar também a questão de outra perspectiva em que ela pode colocar-se, qual seja a de saber se *as próprias entidades privadas* que assumem, por via de contrato, uma determinada atividade tendente à produção petrolífera, não deverão, elas próprias, nos seus contratos, aplicar princípios e regras em matéria de contratação pública.

Em síntese, e partindo do ponto de vista do concessionário das ditas atividades, visa saber-se *qual o regime de formação do contrato de concessão* que atribui o título de concessionário, e também apurar *qual o regime de formação dos contratos que esse mesmo concessionário depois celebra* para levar a cabo a sua atividade.

Para efeitos desta investigação, importa começar por identificar as regras vigentes no ordenamento jurídico nacional que regulam a formação de contratos de concessão da prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo. Estas atividades, que, em conjunto, compõem a chamada fase *upstream* da cadeia de valor do sector petrolífero<sup>(1)</sup>, são especialmente reguladas pelo Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de Abril<sup>(2)</sup>.

Nos termos deste diploma, o título contratual habilitante do desenvolvimento das “*actividades de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo*” é a concessão, a qual é aí expressamente qualificada como uma espécie do género *contrato administrativo*<sup>(3)</sup>. A atribuição da concessão deve ser precedida de um procedimento de *concurso público* ou de *negociação direta*<sup>(4)</sup>.

---

(1) Por contraposição à fase do *downstream*, regulada fundamentalmente pelo Decreto-Lei n.º 31/2006, de 15 de Fevereiro, significativamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 244/2015, de 19 de outubro, diploma que define o regime geral do *Sistema Petrolífero Nacional*, o qual integra as atividades de *refinação, armazenamento, transporte, distribuição de produtos de petróleo e comercialização de petróleo bruto e de produtos de petróleo*.

(2) Alterado pela Lei n.º 82/2017, de 18 de agosto, que determina a obrigatoriedade de consulta prévia aos municípios nos procedimentos administrativos relativos à prospecção e pesquisa, exploração experimental e exploração de hidrocarbonetos.

(3) Cf. art. 18.º do Decreto-Lei n.º 109/94.

(4) Cf. art. 15.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 109/94.

2. A Secção II do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 109/94 contém as normas relativas à atribuição de uma concessão através do procedimento de concurso público.

Em resumo, este procedimento pode ser promovido a todo tempo, por determinação do Governo (é competente para tal o ministro da tutela, em concreto, o Ministro da Economia), através da publicação de anúncio no *Diário da República* e no *Jornal Oficial das Comunidades*<sup>(5)</sup>, que regulamenta o modo e forma de apresentação de propostas à atribuição da concessão de parte ou da totalidade das áreas geográficas sujeitas a concurso. A decisão da abertura de um concurso público é sempre do Governo, ainda que o impulso para aquela possa ter tido origem no seio da Administração ou, alternativamente, na apresentação de uma candidatura de um particular para o exercício de atividades em determinada área.

A adjudicação é formalizada por despacho do ministro da tutela<sup>(6)</sup>, comunicada a todos os concorrentes pelo GPEP<sup>(7)</sup>, sendo o respetivo contrato outorgado nos termos do disposto nos arts. 20.º e 21.º do diploma em apreço, ou seja, a Administração “*procederá à elaboração da minuta do respectivo contrato*”, de acordo com as bases contratuais aprovadas pela Portaria n.º 790/94, de 5 de Setembro, e com as cláusulas contratuais acordadas, se for o caso, a qual será, depois, submetida a aprovação ministerial no prazo máximo de 15 dias. Com a aprovação, “*será outorgado o contrato de concessão, em acto público*”<sup>(8)</sup>.

3. A negociação direta surge como uma novidade no Decreto-Lei n.º 109/94, com a justificação de poder “vir a mostrar-se útil para um país não produtor de petróleo, como é o caso de Portugal”.

No art. 8.º, n.º 2, concretiza-se que a negociação direta é um procedimento apenas elegível para a atribuição das áreas: “a) *Pre-*

---

<sup>(5)</sup> Atual *Jornal Oficial da União Europeia*.

<sup>(6)</sup> Cf. art. 15.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 109/94.

<sup>(7)</sup> Ou seja: *Gabinete para a Pesquisa e Exploração de Petróleo*, cujas competências previstas no Decreto-Lei n.º 194/94 foram posteriormente repartidas entre a *Direção-Geral de Energia e Geologia* e a *Entidade Nacional para o Mercado de Combustíveis, E.P.E.*

<sup>(8)</sup> Cf. art. 21.º do Decreto-Lei n.º 109/94.

*viamente declaradas disponíveis numa base permanente; b) Objecto de concurso público anterior de que não tenha resultado a atribuição de uma concessão; c) Restituídas por concessionárias; d) Contíguas às de uma concessão em vigor, se a anexação dessas áreas à referida concessão se justificar por razões de ordem técnica ou económica". O n.º 3 prevê que, "na situação referida na alínea d) do número anterior, havendo mais de uma concessão contígua nas condições indicadas será aberto concurso, limitado às concessionárias confinantes com a área em questão".*

**4.** O procedimento de negociação direta é um procedimento claramente mais simples do que o concurso público. Na verdade, segundo o art. 17.º, "*qualquer entidade interessada pode requerer (...) a atribuição de concessão para uma área que se encontre nas condições ali indicadas, mediante negociação prévia*"<sup>(9)</sup>.

O requerimento para a atribuição de concessão deverá ser "*instruído com os elementos necessários para a prova da idoneidade técnica e capacidade económico-financeira do requerente*", com "*excepção da caução provisória, que não é exigível*".

A sua apresentação dará início ao processo negocial, o qual deverá estar concluído no prazo de 90 dias a contar da data da entrega do requerimento, podendo a Administração prorrogá-lo por mais 60 dias.

Havendo acordo entre a Administração e o requerente "*quanto à proposta resultante da negociação, deverá o GPEP submetê-la a aprovação do ministro da tutela no prazo de 15 dias após a conclusão das negociações*"<sup>(10)</sup>.

Proferido o despacho de aprovação e conseqüente atribuição da concessão, a outorga do contrato de concessão segue os mesmos termos já analisados para o procedimento de concurso público.

**5.** Cumpre, ainda, fazer uma breve referência à Diretiva 94/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio

---

<sup>(9)</sup> Cf. art. 17.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 109/94.

<sup>(10)</sup> Cf. art. 17.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 109/94.

de 1994<sup>(11)</sup> (“Diretiva”), relativa às condições de concessão e de utilização das autorizações de prospeção, pesquisa e produção de hidrocarbonetos.

Esta Diretiva foi publicada em momento posterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 109/94 e prevê igualmente regras procedimentais que os Estados-membros devem respeitar na concessão de *autorizações* para a prospeção, pesquisa ou produção de hidrocarbonetos numa determinada área geográfica.

Nos seus termos, as autorizações devem ser concedidas “*no termo de um procedimento em que todas as entidades possam apresentar pedidos em conformidade*”. Este procedimento pode ser desencadeado através de um anúncio a publicar no Jornal Oficial das Comunidades Europeias por “*iniciativa das autoridades competentes*” ou, *alternativamente*, “*na sequência da recepção de uma proposta por uma entidade*”<sup>(12)</sup>.

O regime da Diretiva acaba por ter o necessário acolhimento no ordenamento jurídico nacional, através do regime do concurso público previsto no Decreto-Lei n.º 109/94, acima já mencionado.

Mais: ela própria veio dar aos Estados-Membros a possibilidade de concederem autorizações sem se iniciar um procedimento de concurso público, contanto a área para a qual a concessão é solicitada (i) esteja disponível a título permanente, (ii) tenha sido objeto de procedimento do qual não tenha resultado a concessão de uma *autorização* ou (iii) tenha sido abandonada por uma entidade<sup>(13)</sup>. A Diretiva prevê ainda que também poderá não ser utilizado um procedimento aberto “*se e na medida em que razões de ordem geológica ou de produção justifiquem que se conceda uma autorização para uma área ao titular de uma autorização para uma área contígua*”<sup>(14)</sup>.

Assim, além de o concurso público previsto no Decreto-Lei n.º 109/94 acolher as exigências respeitantes ao procedimento

---

(11) Publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* n.º L 164, de 30 de Junho de 1994.

(12) Cf. n.ºs 1 e 2 do art. 3.º da Diretiva 94/22/CE.

(13) Cf. n.º 3 do art. 3.º da Directiva 94/22/CE.

(14) Cf. n.º 4 do art. 3.º da Directiva 94/22/CE.

aberto previsto na Diretiva, a possibilidade de conceder autorizações sem a abertura de um concurso público, que o diploma europeu também prevê, encontra respaldo no procedimento de negociação direta que o Decreto-Lei n.º 109/94, conforme vimos, também acolhe.

Assim, apesar de não ter existido um ato de transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico nacional, o Decreto-Lei n.º 109/94, publicado cerca de dois meses antes da publicação da diretiva, acolhe as exigências previstas no referido diploma europeu.

Em suma, o Decreto-Lei n.º 109/94, ainda que não possa ser considerado uma transposição, em sentido técnico, da Diretiva 94/22/CE, acolhe um regime jurídico-procedimental que se pode considerar conforme com as suas disposições<sup>(15/16)</sup>, representando (chamemos-lhe assim) uma transposição *avant la lettre* desse dispositivo europeu.

6. Sumariados os traços basilares dos procedimentos pré-contratuais previstos no Decreto-Lei n.º 109/94 e compulsado o essencial constante sobre esse mesmo tema na Diretiva de 1994, interessa, de seguida, averiguar se, em face da sobrevigência de diplomas nacionais e europeus em matéria de contratação pública e de execução de contratos públicos, a regulamentação analisada subsiste em vigor e, em caso de resposta afirmativa, em que medida.

## 2.2. *Idem*: o Código dos Contratos Públicos, de 2008

7. O art. 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, diploma que aprovou o Código dos Contratos Públicos (“CCP”), contém uma norma de revogação expressa de um con-

---

<sup>(15)</sup> Fator que pode estar na origem do seguinte parágrafo preambular do Decreto-Lei n.º 109/94: “*Na elaboração do presente diploma foram já consideradas as orientações e recomendações comunitárias pertinentes*”.

<sup>(16)</sup> Referindo-se igualmente a uma “transposição” do diploma comunitário, cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito da Energia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 44.

junto de diplomas, que deixaram, assim, por virtude dela de vigorar na nossa ordem jurídica.

No entanto, ciente que a legislação extravagante relativa à contratação pública era muito mais vasta do que a constante dos diplomas mencionados no referido art. 14.º, n.º 1, o legislador previu ainda uma norma de revogação genérica, no art. 14.º, n.º 2. De acordo com esta norma, “*é igualmente revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível*”.

Uma vez que o Decreto-Lei n.º 109/94 não figura entre os diplomas expressamente identificados no art. 14.º, n.º 1, a vigência dos procedimentos pré-contratuais que o mesmo rege depende da sua inclusão, ou não, no âmbito de aplicação da norma prevista no n.º 2 do mesmo preceito.

O alcance da norma constante do art. 14.º, n.º 2, é controverso. Normas desta natureza surgem por vezes em diplomas que consolidam vários regimes antes dispersos. Trata-se, no fundo, da explicitação de algo que porventura já resultaria dos critérios gerais de resolução de antinomias, ou seja, a revogação (que, nesse caso, seria tácita) de regras referentes ao domínio de incidência material da nova lei. A razão pela qual o legislador utiliza este tipo de norma é, presume-se, a segurança jurídica. A verdade, porém, é que este tipo de normas — como se comprova com o exemplo que agora temos em mãos — não elimina dúvidas sobre quais são os regimes efetivamente revogados, pois obriga o intérprete a procurar os domínios nos quais a regulação do novo diploma se sobrepõe à de outros diplomas preexistentes (e, portanto, prevalece sobre eles).

As normas deste tipo apresentam, normalmente, uma de duas fisionomias: ou se dispõe que ficam revogados os diplomas (*recitius*, as regras, porque pode tratar-se de uma revogação apenas de secções de diplomas) sobre as matérias reguladas pelo novo diploma, se forem incompatíveis com o novo regime; ou se dispõe que ficam revogados os diplomas (ou as regras) sobre a matéria regulada pelo novo regime, independentemente da relação de (in)compatibilidade com esse novo regime. No primeiro caso, a revogação depende da verificação de dois pressupostos: identidade



da matéria regulada e contrariedade entre normas; no segundo, depende apenas da identidade da matéria regulada.

No presente caso, o critério utilizado pelo legislador para determinar a revogação de normas anteriores, prende-se com o facto de a matéria em causa estar, ou não, regulada pelo CCP, já que o critério da sua (in)compatibilidade com as normas deste diploma foi afastado pela parte final da norma (“*seja ou não com ele incompatível*”).

De um ponto de vista meramente literal, atendendo a que o CCP “*estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*”<sup>(17)</sup> e atendendo à enorme abrangência do conceito de *contrato público* (e portanto, do regime da contratação pública) que resulta do art. 1.º, n.º 2, do mesmo Código, rapidamente se chegaria à conclusão, cremos que precipitada, que, por força do mencionado art. 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, todas as normas relativas à formação de contratos públicos ou à execução de contratos administrativos sedeadas fora do CCP se encontrariam revogadas, uma vez que essa é a matéria regulada pelo próprio CCP.

Esta conclusão acarretaria, sem mais, uma outra: a de que os procedimentos disciplinados pelo Decreto-Lei n.º 109/94 estariam revogados.

Parece-nos, porém, que a solução não pode ser esta. Importa, pois, determinar, com precisão, o sentido e alcance da norma contida no art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprovou o CCP.

**8.** A questão não tem passado despercebida à Doutrina nacional, como podemos verificar pelos exemplos que a seguir se referem a título meramente ilustrativo.

A este propósito, Alexandra Leitão, depois de confessar, em face da norma em questão, estar em “dúvida quanto ao alcance exacto da revogação, sobretudo no que toca a diplomas anteriores que tenham natureza especial”, tende a considerar que, “sem pre-

---

(17) Cf. art. 1.º, n.º 1, do CCP.

juízo da sempre necessária análise casuística, (...) o Código pretendeu regular de forma omnicompreensiva a matéria da contratação pública, pelo que a larga maioria dos diplomas anteriores estão revogados”<sup>(18)</sup>.

João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, por seu turno, salientam o carácter “ambicioso” da norma, traduzido numa “inequívoca intenção revogatória de todos os regimes particulares e dispersos que pudessem obstaculizar o objectivo primário que motivou a aprovação do referido Código, a saber, a criação, pela primeira vez na tradição legislativa portuguesa, de uma regulação tendencialmente global, uniforme e exaustiva da actividade contratual da Administração Pública em sentido material”<sup>(19)</sup>. Acrescentam, porém, os Autores que “o intérprete não se encontra em condições de determinar com precisão o verdadeiro alcance da referida norma revogatória — e, portanto, de identificar as normas constantes de regimes particulares ou especiais que ainda se mantêm em vigor — sem que primeiro verifique que a intenção revogatória do legislador do Código não foi concretizada nos mesmos termos para o âmbito do regime de formação de contratos públicos, por um lado, e para o âmbito do regime de execução de contratos administrativos, por outro lado”<sup>(20)</sup>. Assim, ainda de acordo com os mesmos Autores, a propósito do alcance do preceito em causa do diploma que aprovou o CCP, seria identificável uma “intenção revogatória extraordinariamente mitigada no âmbito do regime de execução dos contratos administrativos”, atribuindo-se, contudo, maior relevância à norma no que respeita ao regime procedimental pré-contratual. Salientam que, apenas neste domínio, “o legislador pretendeu uma uniformização absoluta da disciplina da actividade contratual jurídico-administrativa, sendo pois aí que se impõe a revogação dos regimes particulares que vigoravam na data da entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos”. Isto é assim,

---

<sup>(18)</sup> Cf. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos — Parte Geral*, Lisboa: AAFDL, 2.<sup>a</sup> ed., 2015, p. 38.

<sup>(19)</sup> Cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 201.

<sup>(20)</sup> *Idem*, p. 201.

pois, “ao regular a formação dos contratos públicos o legislador tinha em mente que o procedimento de escolha do co-contratante da Administração não pode alhear-se dos princípios comunitários da concorrência e da não discriminação em razão da nacionalidade, por um lado, e da incumbência constitucional prioritária de assegurar a concorrência entre os operadores económicos”<sup>(21)</sup>.

Enfim, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, para referir mais um exemplo, afirmam que a “revogação tácita” prevista na disposição em questão “deixa pouca margem de manobra para a existência de uma ampla legislação extravagante ao Código”<sup>(22)</sup>. Para a tarefa de identificação dos diplomas tacitamente revogados, os referidos Autores sugerem dois critérios, de aplicação sucessiva. O primeiro é o de saber se o contrato sobre que esse diploma versa é daqueles que, nos termos dos arts. 4.º e seguintes do CCP, foi também excluído, em matéria de formação e/ou execução, da aplicação do CCP. Isto porque se esses contratos são subtraídos ao regime do CCP tal significa, “não só que ele os não quer sob o seu manto (a razão não interessa), mas também que lhe é indiferente que os mesmos estejam sujeitos a este ou àquele regime de contratação. E se para o Código isso é irrelevante, então não há motivo para que ele interfira nos regimes que os vinculam, que os derroge, devendo ser os legisladores respectivos a determinar se são de manter, modificar ou revogar”<sup>(23)</sup>. Quando esta aproximação à norma em questão “não funcionar — ou não for fácil determinar se funciona ou não —”, lançar-se-ia mão de um segundo critério, apurando se há coincidência entre a matéria regulada no Código e a constante de lei extravagante sobre cuja revogação se questiona. Concretamente, haverá que averiguar, por recurso ao mais específico dos seus elementos, qual o conteúdo dessa lei e verificar se há no Código disposições que tenham o mesmo objeto<sup>(24)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> *Idem*, p. 206.

<sup>(22)</sup> Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 86.

<sup>(23)</sup> *Idem*, p. 87.

<sup>(24)</sup> *Idem*, p. 87.

9. Em nosso entender, uma tomada de posição sobre o problema tem de partir da conjugação de diversas coordenadas, em parte já mencionadas nas posições doutrinárias acima referenciadas.

Assim, é notório que o legislador do CCP quis — como aliás seria de esperar dado o intuito codificador do diploma — que a sua regulação passasse a constituir a referência do ordenamento jurídico em matéria de contratação pública.

No entanto, a par dessa preocupação, devemos referir que se impõem considerações de lógica do sistema e, em concreto, de prevenção de lacunas de regulação.

Além disso, nada parece aconselhar — muito pelo contrário — que a aprovação de um Código resulte na eliminação de regimes aperfeiçoados para problemas muito específicos, que não sejam resolvidos pelas regras, necessariamente mais gerais, aprovadas pelo CCP: nesse caso, ainda que não se criasse uma lacuna propriamente dita, o que teríamos seria uma *regressão* na qualidade das soluções oferecidas pelo ordenamento jurídico, o que, como está bem de se ver, não há de presumir-se ter sido algo desejado pelo legislador.

Destas considerações podem ser extraídos alguns corolários, que funcionam como linhas orientadoras na interpretação da regra do referido art. 14.º, n.º 2, do decreto preambular do CCP.

O primeiro corolário, apoiado na própria letra da lei (que fala nas “*matérias reguladas pelo Código*”), é o da exigência de uma efetiva *conexão material de institutos e de normas* entre o CCP e a lei especial: só assim pode existir revogação. Isto implica, designadamente, que o mencionado preceito não pode deixar de ser coordenado com todas as disposições que recortam o âmbito de aplicação do Código e em particular com as disposições constantes dos seus arts. 4.º, 5.º e 6.º, de forma a se verificar se a matéria em causa é efetivamente regulada pelo CCP. Por outras palavras, para se considerar que um diploma (ou um conjunto de normas, ou uma norma) foi revogado por força da referida norma de revogação, não basta que a legislação seja extravagante e incida sobre questões de formação de contratos públicos ou de execução de contratos administrativos, devendo igualmente verificar-se se o CCP se aplica, atento o seu âmbito objetivo e subjetivo de aplicação, à formação e/ou execução desse concreto contrato. Mas, além e após essa indagação, deve

defender-se, como a doutrina defende, que ainda é preciso fazer uma outra investigação: é que mesmo verificado o âmbito objetivo e subjetivo do CCP (i.e., verificado que existe um contrato público, celebrado por entidades adjudicantes, cuja formação esteja sujeita à Parte II do CCP), pode bem suceder que uma ou mais *regras especiais* sejam ressalvadas da revogação, caso se verifique que tratam de uma qualquer *matéria* que deva considerar-se *não regulada* (a um nível “micro”, se assim podemos expressar-nos) pelo CCP.

O segundo corolário é o de que a interpretação daquela norma do art. 14.º, n.º 2, do diploma preambular, deve ser feita de modo a evitar a existência de lacunas de regulação.

O terceiro corolário será o de que não deverá perfilhar-se a revogação global de sectores do ordenamento bem caracterizados, com pressupostos e soluções claramente distintos dos pressupostos e soluções do CCP, e que ofereçam um regime mais ajustado para uma dada situação vida económico-social. No fim de contas, a propósito deste último corolário, trata-se apenas de fazer valer a ideia de que a mera norma do art. 14.º, n.º 2, do assinalado diploma preambular não é suficiente, só por si, para manifestar a “intenção inequívoca” que deve ser exigida para que uma lei geral revogue uma lei especial<sup>(25)</sup>. Essa intenção inequívoca, de facto, não existirá, sempre que a aplicação literal e sistematicamente desapojada da norma revogatória leve a resultados manifestamente desadequados e que, numa óptica de razoabilidade, o próprio legislador não teria querido<sup>(26)</sup>.

Por fim — e este é o quarto e último corolário —, nada parece obstar a que, mesmo quando se considere, por força dos critérios interpretativos anteriores, que um dado regime especial subsiste, se venha a entender o CCP como fonte de regime subsidiário para esses

---

<sup>(25)</sup> No mesmo sentido, GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, I, *Regime da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 54.

<sup>(26)</sup> Defendendo igualmente uma posição ponderada desta natureza, nesse caso a propósito da articulação entre o art. 14.º, n.º 2, do decreto preambular, e o art. 1.º, n.º 3, do CCP, cf. RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 69, (Maio/Junho), 2008, pp. 3-29 (pp. 9-10).

subsectores normativos. Pelo contrário: essa conclusão parece-nos estar bastante ajustada à intenção codificadora do legislador do CCP e permite ainda, mesmo nos casos de sobrevivência de regimes especiais anteriores, uma certa aplicação do espírito que preside ao art. 14.º, n.º 2, do diploma preambular.

**10.** A aplicação destes critérios orientadores pode ser exemplificada. A celebração de um contrato de arrendamento por parte de um instituto público apresenta todos os elementos de um contrato público no sentido amplíssimo do art. 1.º, n.º 2, do CCP: trata-se de um *contrato*, celebrado por uma *entidade adjudicante*. A formação de tal contrato encontra regras especiais num regime anterior ao CCP: o Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto.

Porém, esta situação é prova de que seria realmente precipitado interpretar a referência do art. 14.º, n.º 2, do diploma preambular, como revogando toda a legislação especial que possa ser *genericamente* considerada como contendo normas sobre contratação pública. Com efeito, note-se que o desenrolar do articulado do CCP revela que o âmbito das matérias por si reguladas é mais restrito do que aquilo que poderia ser considerado contratação pública à luz, apenas, do art. 1.º, n.º 2: neste caso, como se sabe, o CCP determina a sua não aplicação a este tipo de contratos relacionados com bens imóveis (cf. art. 4.º, n.º 2, alínea *c*), do CCP). Vai, note-se, neste mesmo sentido a subtil alteração introduzida, ao n.º 2 do art. 1.º do Código, pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto: ao acrescentar àquele preceito o inciso final “*e não sejam excluídos do seu âmbito de aplicação*”, está o legislador a sinalizar, de algum modo, que a amplitude da norma do n.º 2 é objeto de limitação nos demais preceitos que recortam o âmbito de aplicação do Código.

Deste modo, uma interpretação puramente literal e acrítica da norma do 14.º, n.º 2, que atendesse apenas à recondução geral das matérias aos conceitos de *contratação pública* e *regime de execução dos contratos administrativos*, sem cuidar de saber se certo tipo de situação merece ou não um regime por parte do CCP, levaria o intérprete aplicador a criar lacunas no ordenamento jurí-

dico<sup>(27)</sup>, que careceriam de ser integradas nos termos gerais previsto no art. 10.º do Código Civil.

**11.** Numa exemplificação de outro tipo, pode referir-se que o próprio legislador se faz portador da ideia de que nem sempre o regime pré-contratual previsto no CCP é o mais adequado às especificidades de um certo sector. Na realidade, existem procedimentos pré-contratuais em legislação extravagante posterior ao Código, cujas particularidades específicas dos temas que tratam, merecem uma especial atenção do legislador.

Nesta linha, veja-se, recentemente, o regime de procedimento concursal recortado pelo Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de Março, que desenvolve as bases da *Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional*. Nos termos deste decreto-lei, a *utilização privativa do espaço marítimo nacional* carece de um título habilitante, que poderá ser atribuído por concessão, licença ou autorização, consoante os casos. O modo de atribuição destes títulos é regulado pelo respetivo decreto-lei, sendo o CCP apenas aplicável a título subsidiário<sup>(28)</sup>. Outro exemplo similar encontramos-lo previsto no art. 10.º do também recente Decreto-Lei n.º 64/2015, de 29 de Abril, a respeito da alteração à regulação da atividade de exploração e prática dos jogos de fortuna e azar.

Assistimos, pois, à criação de um sistema avulso de regulação da formação de contratos que, pelas suas especificidades, merecem uma disciplina diferente da prevista no CCP. Mas se assim é com legislação posterior ao CCP, também assim deve ser, para o inté-

---

(27) Como referem JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, a intenção de uniformizar o regime da atividade contratual da Administração só poderia acarretar a revogação de legislação avulsa ou dispersa quando esta incidisse sobre “as matérias a reguladas pelo Código” — sob pena de, como é óbvio, deixar um vazio legal no tocante às “matérias” nele não reguladas (cf. *Temas de Contratação Pública*, I, p. 205).

(28) Veja-se, por exemplo, o n.º 5 do art. 61.º e o n.º 4 do art. 64.º. No que concerne à fase de execução do contrato, vide o art. 53.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de Março. De notar que a pesquisa, prospeção, exploração e extração de petróleo é uma das atividades relevantes para a aplicação deste Decreto-Lei, pelo que, caso essa atividade seja realizada em espaço marítimo nacional, a concessionária necessitará igualmente de um título de utilização do espaço marítimo nacional ao abrigo desta legislação para exercer a sua atividade.

prete, para a legislação especial anterior àquele Código, se for evidente que tal regulação específica corresponde a necessidades reais, que não seriam adequadamente satisfeitas pelas regras do CCP.

### **2.3. Do impacto do CCP no Decreto-Lei n.º 109/94: em geral**

**12.** Feito o enquadramento geral do art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprovou o CCP e explicitados os critérios que devem orientar-nos na sua aplicação, devemos agora analisar se o CCP teve algum efeito sobre o regime jurídico que regula a matéria da formação dos contratos de concessão de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo previstos no Decreto-Lei n.º 109/94.

Como vimos, o CCP, pretendendo proceder à criação de um regime procedimental uniformizado e excludente de quaisquer regimes dispersos ou avulsos, determinou a revogação da legislação relativa às matérias reguladas pelo Código desde que esta não esteja excluída do seu âmbito de aplicação.

Saber se o Decreto-Lei n.º 109/94, em concreto, foi ou não objeto de revogação é algo que, como se viu, depende de uma indagação em dois passos: em primeiro lugar, saber se o âmbito do diploma em questão é, de modo genérico, coberto pelo âmbito (objetivo e subjetivo) do CCP. E, em segundo lugar, caso a resposta seja positiva, é preciso indagar se as concretas matérias reguladas pelo regime especial avulso encontram correspondência nas concretas matérias reguladas pelo CCP.

**13.** O primeiro passo da indagação evidencia dúvidas fundadas. Não, note-se bem, no que diz respeito ao âmbito subjetivo: as concessões de que nos ocupamos são outorgadas pelo Estado e como tal, está preenchido o art. 2.º, n.º 1, alínea a), do CCP.

As dúvidas colocam-se, isso sim, em relação ao âmbito *objetivo*, e isto a partir de duas normas do CCP: por um lado, a exclusão contida no art. 4.º, n.º 2, alínea c), e por outro a norma do art. 5.º, n.º 1, combinada com o art. 16.º, n.º 2, do mesmo Código.



Começando pelo art. 4.º, n.º 2, alínea *c*), já acima referido, o preceito exclui do âmbito de aplicação do CCP (quer da sua Parte II, sobre formação dos contratos públicos, quer da Parte III, sobre regime substantivo dos contratos administrativos), os contratos de “*compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis ou contratos similares*”.

A dúvida surge, precisamente, atendendo à referência final aos “contratos similares”: as concessões que têm por objeto o uso privativo ou a exploração de bens do domínio público apresentam uma clara analogia com os contratos pelos quais o Estado dá de arrendamento um seu terreno, ou constitui sobre ele um direito de superfície.

Essa proximidade é assumida explicitamente pelo próprio legislador, ao regular no mesmo diploma (o também já mencionado Decreto-Lei n.º 280/2007) ambas as realidades. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 280/2007 apresenta, a par da regulação dos contratos referidos no art. 4.º, n.º 2, alínea *c*), algumas regras aplicáveis às concessões dominiais (cf. os seus arts. 27.º a 30.º).

A dúvida sobre se as concessões dominiais não farão parte dos “contratos similares” a que se refere o art. 4.º, n.º 2, alínea *c*), do CCP, encontra também, sublinhe-se, uma justificação histórica: aquilo que hoje se concebe como concessão (incluindo, e quiçá sobretudo, a concessão dominial), era tradicionalmente tratado como arrendamento, em anteriores fases de evolução do Direito da contratação pública<sup>(29)</sup>. Repare-se como, ainda hoje, as concessões dominiais implicam frequentemente o pagamento de uma prestação periódica pelo concessionário, expressamente designada como *renda* — assim sucede, precisamente, no âmbito dos contratos regulados pelo Decreto-Lei n.º 109/94 (cf. o seu art. 52.º, que regula o pagamento da chamada *renda de superfície*, devida anualmente).

Esta mesma dúvida poderia considerar-se fortalecida pela ausência de qualquer referência às concessões dominiais entre os

---

(29) Notando essa proximidade entre a moderna concessão e o arrendamento, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, p. 605.

tipos contratuais mencionados no art. 16.º, n.º 2, do CCP, como contratos suscetíveis de concorrência de mercado. Tal ausência poderia considerar-se um indício de que estaríamos perante tipos contratuais cujas prestações típicas não estariam sujeitas à concorrência de mercado, algo que, como se sabe, representa um recorte negativo da aplicação da Parte II do CCP, pois o art. 5.º, n.º 1, exclui esses contratos do âmbito de aplicação do regime da formação<sup>(30)</sup>.

Por fim, agora no que diz especificamente respeito às concessões dominiais reguladas pelo Decreto-Lei n.º 109/94, alguma doutrina já sugeriu ainda um outro argumento: dado que o CCP se propôs essencialmente transpor as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, não figurando, entre as Diretivas transpostas, a Diretiva 94/22/CE (que aliás é expressamente excluída do âmbito de aplicação daquelas), isso significaria que o legislador do CCP não quis abranger no seu âmbito de aplicação as concessões relacionadas com a prospeção e exploração de hidrocarbonetos<sup>(31)</sup>.

**14.** As dúvidas mencionadas não se revelam inultrapassáveis.

Relativamente ao argumento da menção, no art. 4.º, n.º 2, alínea c), dos “contratos similares”, poderia reverter-se o argumento e referir-se que o legislador, sabendo da regulação das concessões dominiais no mesmo diploma dos contratos aí mencionados, tê-

---

<sup>(30)</sup> Especificamente sobre o sentido e implicações do art. 5.º, n.º 1, do CCP, cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNANDEZ SÁNCHEZ, *Temas de Contratação Pública*, Vol. I, pp. 219 ss.; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “O objeto sujeito à concorrência de mercado no Código dos Contratos Públicos”, in AA/VV, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV — *Direito Administrativo e Justiça Administrativa*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, 2012, pp. 675 ss.; e M. A. RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, sobretudo pp. 607 ss.

<sup>(31)</sup> Neste sentido, AA.VV., *Direito do Petróleo*, Coimbra: 2013, p. 133, considerando que o CCP foi o diploma que procedeu à transposição da Diretiva 2004/17/CE, e que essa Diretiva exclui a sua aplicação aos contratos de prospeção de petróleo ou gás celebrados ao abrigo da Diretiva 94/22/CE, sustentam que o CCP não pretende abranger estes contratos, pelo que, na falta de revogação expressa, o Decreto-Lei n.º 109/94, deve considerar-se em vigor, na medida em que seja inteiramente conforme com a Diretiva de 1994.

-los-ia mencionado expressamente, se pretendia afastá-los do âmbito do Código: embora haja similitudes entre os contratos sobre bens imóveis aí referidos e as concessões dominiais, há diferenças suficientes para que o legislador não confiasse apenas na menção indistinta a *contratos similares* para o efeito.

Por outro lado, cabe recordar a vocação abrangente e ampliativa do CCP: efetivamente, quer-se abranger por este diploma a generalidade das realidades que assentem na atribuição de vantagens económicas escassas aos particulares, o que é visível, desde logo, no carácter claramente *exemplificativo* dos tipos contratuais mencionados no art. 16.º, n.º 2, bem como na expressa extensão (ainda que com adaptações) do regime da Parte II aos atos unilaterais de concessão de vantagens (art. 1.º, n.º 3). E, realmente, não se pode dizer que se verifique qualquer fundamento genérico de afastamento da concorrência, em relação às concessões dominiais<sup>(32)</sup>.

Finalmente, o argumento da falta de correspondência de âmbitos de aplicação entre as Diretivas que o Código visou transpor e a Diretiva que o Decreto-Lei n.º 109/94 transpôs (ainda que no sentido adaptado já referido) para o direito nacional não é decisivo. O legislador nacional tem margem de ampla conformação na transposição de diretivas comunitárias, e manifestamente, ao aprovar o Código dos Contratos Públicos, *quis utilizar essa margem de conformação*, não havendo, repete-se, qualquer indício na legislação nacional — designadamente, no CCP — que tenha, de facto, querido excluir a contratação prevista do Decreto-Lei n.º 109/94<sup>(33)</sup>.

Deste modo, chegamos à conclusão de que não é possível defender uma *exclusão genérica* da matéria das concessões dominiais do âmbito objetivo de aplicação da Parte II do CCP.

---

<sup>(32)</sup> No mesmo sentido, ANA RAQUEL MONIZ, “Contrato público e domínio público”, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2008, pp. 831-892 (pp. 849 e ss.).

<sup>(33)</sup> Questões diversas são, por um lado, a questão de saber se o CCP pode revogar *toda* a disciplina do Decreto-Lei n.º 109/94, e, por outro, a da relevância deste regime para a aplicação do art. 13.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, como veremos *infra*.

Teremos, assim, de passar ao segundo passo da indagação imposta pelo art. 14.º, n.º 2, do diploma preambular: é necessário saber se, ultrapassado este primeiro patamar, o CCP efetivamente e em concreto *regula as mesmas matérias* que são reguladas por lei especial preexistente, pois disso dependerá a revogação dos específicos preceitos que compõem o regime especial até aí existente.

#### **2.4. *Idem*: sobre a regulação do concurso público pelo Decreto-Lei n.º 109/94**

**15.** Colocada assim a questão, há que dizer que nos parece que o CCP encontra correspondência em matérias reguladas no Decreto-Lei n.º 109/94 e procedeu, como tal, à revogação de regras desse diploma em sede de formação das concessões dominiais que nos ocupam.

Isso parece-nos suceder, de forma clara, relativamente ao procedimento pré-contratual de concurso público. Com efeito, entre o instituto concursal do Decreto-Lei n.º 109/94 e o regulado no CCP existe uma marcada semelhança, principiando desde logo com o nome. O procedimento pré-contratual de concurso público é expressamente previsto no art. 16.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, como um dos cinco tipos de procedimentos para a formação de contratos à disposição das entidades adjudicantes, estando a sua tramitação devida e rigorosamente prevista nos arts. 130.º e seguintes. Pelo que, dúvidas não restam de que se está perante matéria regulada pelo CCP.

Considerando, assim, que a tramitação do concurso público, prevista no Decreto-Lei n.º 109/94, é “totalmente incompatível com a uniformização do regime de formação de contratos que o legislador impôs no Código dos Contratos Públicos através de uma tramitação comum prevista no Título II da Parte II e, no caso de adopção de um concurso público, de uma tramitação específica prevista no capítulo II do Título III da mesma Parte II<sup>(34)</sup>” e que o

---

<sup>(34)</sup> A expressão é de JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ — cf. *Temas de Contratação Pública*, I, p. 215, a respeito das concessões de exploração de

contrato de concessão para a atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo se encontra genericamente abrangido pelo âmbito objetivo e subjetivo de aplicação do CCP, deve, pois, considerar-se que as normas relativas à regulação do concurso público, previstas no Decreto-Lei n.º 109/94, foram em boa medida (já explicaremos de imediato o sentido desta ressalva) revogadas, por via do art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprova o CCP.

**16.** À conclusão acabada de referir só colocamos uma ressalva — mas em todo o caso uma ressalva importante.

Com efeito, se se confrontar o regime do concurso público previsto no Decreto-Lei n.º 109/94 (arts. 10.º e seguintes) com o regime procedimental constante dos arts. 2.º a 6.º da Diretiva 94/22/CE e, por fim, esses dois regimes com o regime do concurso público regulado pelo CCP, rapidamente se percebe que este regime do CCP *não é inteiramente coincidente com o regime do Decreto-Lei n.º 109/94, em pontos que procedem da Diretiva 94/22/CE.*

Podemos fornecer dois exemplos. O art. 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 109/94, aqui transpondo o art. 3.º, n.º 2, alínea *a*), da Diretiva fixa um prazo de apresentação de candidaturas em concurso que não pode ser inferior a 90 dias. Ora, os prazos mínimos de apresentação de propostas e de candidaturas nos procedimentos concursais do CCP são, como se sabe, muito inferiores (cf. arts. 135.º e 136.º do CCP), pelo que a aplicação do regime do CCP ditaria, neste aspeto, a violação do regime da Diretiva.

Situação análoga se verifica com o tema dos critérios de adjudicação. De acordo com o art. 5.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), da Diretiva, na avaliação das candidaturas em concurso, é imperativa a consideração de aspetos de capacidade técnica e financeira e da forma como o candidato se propõe realizar as atividades da concessão, regime que foi transposto pelo art. 15.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 109/94. Como se verifica, se passassem a ser aqui aplicáveis

---

jogos de fortuna e azar, que adaptamos, *mutatis mutandis*, ao caso do Decreto-Lei n.º 109/94.

estritamente as regras sobre critério de adjudicação constantes dos arts. 74.º e 75.º do CCP, haveria, novamente, violação do Direito europeu. Com efeito, as Diretivas de 2014, que vieram permitir a inclusão, no âmbito do critério de adjudicação, de elementos relativos ao concorrente (designadamente, os recursos humanos a afetar à execução do contrato), circunscrevem com rigor os pressupostos dentro dos quais isso é permitido<sup>(35)</sup>. É por isso que, mesmo após a revisão do CCP pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, continua a estabelecer-se *como regra* que o critério de adjudicação não deve ter em consideração elementos de facto, qualidades ou situações referentes aos concorrentes (cf. o art. 75.º, n.º 3, do CCP).

Isto significa algo de importante. É que acima referimos que a aplicação do art. 14.º, n.º 2, do diploma preambular, não pode ou não deve redundar na criação de lacunas no ordenamento.

Ora, se se defender a revogação pura e simples dos arts. 10.º a 15.º do Decreto-Lei n.º 109/94 pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, ficaríamos com uma lacuna duplamente grave: por um lado, porque qualquer lacuna é indesejada, mas, sobretudo, porque essa lacuna redundaria, no fim de contas, na *eliminação, do direito nacional, de normas de transposição de disposições claras, firmes e inequívocas da Diretiva 94/22/CE*. Por outras palavras: o legislador do CCP teria criado uma situação de violação da obrigação de transposição da diretiva.

A solução para este problema é, a nosso ver, simples: terá de entender-se que as disposições do Decreto-Lei n.º 109/94 que constituam transposição de normas claras e inequívocas da Diretiva 94/22/CE, que não deixem margem de conformação ao legislador nacional, não foram revogadas pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, mantendo-se em vigor.

Já nos demais aspetos deixados em aberto pelo regime procedimental do Decreto-Lei n.º 109/94 (por exemplo, nas regras sobre competência, nomeação de júri, relatório preliminar e audiência prévia, notificação da decisão e outras), ou em domínios nos quais as regras do Decreto-Lei n.º 109/94 não resultam neces-

---

(35) Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira análise das novas directivas (Parte I)”, *Revista de Contratos Públicos*, (9), 2013 (mas 2015), p. 5, ss. (55-57).

sariamente da Diretiva (por exemplo, os arts. 12.º, n.º 2 ou 13.º, n.º 1), poderá aplicar-se o regime do procedimento concursal previsto no CCP<sup>(36)</sup>.

Ficamos, no fundo, perante um quadro que é, no essencial, o da aplicação subsidiária das regras do CCP, nesse domínio disponível para o legislador nacional.

## **2.5. *Idem*: sobre a regulação da negociação direta pelo Decreto-Lei n.º 109/94**

17. Tendo concluído pela revogação parcial do regime de concurso público previsto no Decreto-Lei n.º 109/94, procuraremos, agora, fazer o mesmo raciocínio para o procedimento de negociação direta.

Conforme decorre do acima referido, a negociação direta é um procedimento aplicável, sobretudo, aos casos em que as áreas a concessionar tenham sido previamente declaradas disponíveis, iniciando-se com um requerimento apresentado pelos interessados à Administração, o que, ocorrendo dentro de determinados termos, desencadeará uma *fase negocial*, cuja duração, por regra, poderá ir

---

<sup>(36)</sup> É de sublinhar com particular relevo que o entendimento segundo o qual o regime de formação dos contratos de prospeção e exploração de petróleo contido no Decreto-Lei n.º 109/94 se mantém em vigor viria também a ser defendido — com amplitude ainda maior à que aqui defendemos — em Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, emitido posteriormente à elaboração da primeira versão deste escrito. Com efeito, no seu Parecer n.º 12/2016 (disponível em <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)>), posteriormente homologado pelo Secretário de Estado da Energia, aquele órgão consultivo entendeu que o regime do Decreto-Lei n.º 109/94 vigora, presentemente, na ordem jurídica, incluindo o regime da negociação direta, a que adiante faremos referência, e que o Conselho Consultivo expressamente aplicou. Alguns dos argumentos utilizados no Parecer, bem como a amplitude da conclusão a que chega (pois considera em vigor todo o diploma), divergem da nossa posição, mas há convergência no essencial: a norma do art. 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, não pôs em causa a vigência do Decreto-Lei n.º 109/94. Como nota o Conselho Consultivo, o próprio legislador, em diplomas mais recentes, como a Lei n.º 54/2015, de 22 de junho, e o Decreto-Lei n.º 13/2016, de 9 de março, tem vindo a referir-se ao Decreto-Lei n.º 109/94, notoriamente pressupondo a sua vigência e a das normas sobre formação dos contratos aí regulados.

até 90 dias. Finda essa negociação, o acordo alcançado é submetido a aprovação pelo ministro da tutela.

Ao contrário do que acontece nos procedimentos de contratação pública disciplinados pelo CCP, este mecanismo, constante do citado diploma de 1994, tem como ato inicial, não uma decisão jurídico-administrativa de contratar, mas sim um ato de iniciativa privada — trata-se, pois, de um procedimento administrativo de *verdadeira* iniciativa particular.

Como é sabido, *procedimentos particulares*, ou de iniciativa particular, são aqueles que têm por objeto pretensões fundadas no interesse do requerente e, portanto, o procedimento “visa uma decisão sobre o regime administrativo dessa pretensão ou bem do particular, protegido (ou referido) na ordem jurídica administrativa: o objecto do procedimento é a resolução da questão posta pelo particular”. Como bem sublinha a Doutrina: “os procedimentos particulares iniciam-se (...) a requerimento das pessoas a quem a lei confere tal direito — como direito (potestativo) condicionado à verificação da existência dos respectivos pressupostos procedimentais [...]”<sup>(37/38)</sup>.

A caracterização da negociação direta como um procedimento administrativo (de iniciativa) particular é inequívoca em face do regime previsto no art. 17.º do Decreto-Lei n.º 109/94. Na realidade, o procedimento é iniciado com o requerimento do interessado, o que, ocorrendo nos termos formalmente disciplinados por lei, tem como efeito desencadear o início da contagem do prazo de 90 dias para a conclusão das negociações.

Esta característica constitui uma particularidade muito relevante relativamente aos procedimentos de contratação pública dis-

---

<sup>(37)</sup> Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra: Almedina, 1997, 2.ª ed., p. 298.

<sup>(38)</sup> No âmbito do já mencionado Decreto-Lei n.º 38/2015, o legislador utiliza claramente a noção de procedimento de iniciativa particular no seu art. 49.º, n.º 1; aí se estatui: “a atribuição de título de utilização privativa do espaço marítimo nacional é realizada através de procedimento iniciado a pedido do interessado”; isto por contraposição ao regime previsto no número 2 do mesmo artigo, que refere que a atribuição desse título pode “ainda ser realizada através de procedimento iniciado pelos membros do Governo responsáveis”.



disciplinados pelo CCP, que são todos de *iniciativa pública* ou *oficiosa*, seja ela impulsionada pela própria Administração ou pelo interesse que lhe seja demonstrado por um particular.

Ou seja, todos os procedimentos disciplinados pelo CCP surgem na sequência de uma decisão jurídica da própria Administração, com base na inventariação e avaliação da realidade existente e tendo em vista a prossecução das suas atribuições<sup>(39)</sup>. É sempre a Administração, no quadro definido de necessidades coletivas a satisfazer, que promove a aprovação das correspondentes decisões de contratar e de escolha do procedimento de contratação adequado para o efeito, bem como a decisão de aprovar as respetivas peças. Em suma, o ato juridicamente constitutivo do procedimento administrativo pré-contratual é da autoria da própria Administração, não se situando na dinâmica da vida social. Não quer dizer que não possa existir um impulso procedimental alheio à Administração: mas esse hipotético impulso não está regulado, juridicamente não é relevante para o procedimento a iniciar.

A decisão de contratar<sup>(40)</sup>, que marca o início do procedimento de formação de um contrato público<sup>(41)</sup>, traduz-se, assim, “na valoração prioritária de uma atribuição da pessoa coletiva para efeito da satisfação da necessidade coletiva a ela correspondente, na detecção de uma situação concreta em que tal necessidade se manifeste e na escolha de um tipo concreto, ainda que eventualmente muito incompleto, de contrato administrativo como o meio mais racional de realizar o fim satisfazendo a necessidade”<sup>(42)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, pp. 665-666.

<sup>(40)</sup> Sobre a matéria, cf., por todos, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, p. 656 e ss.. Cf. ainda TIAGO DUARTE, “A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos: da idade do armário à idade dos porquês”, in *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 147 e ss.

<sup>(41)</sup> Cf. art. 36.º, n.º 1, do CCP.

<sup>(42)</sup> Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, pp. 665-666.

**18.** Nesta fase, há que precisar ainda uma ulterior distinção no âmbito dos procedimentos administrativos particulares ou de iniciativa particular.

Assim, pode suceder que exista uma decisão administrativa de contratar a marcar juridicamente o início do procedimento, ainda que a mesma surja causalmente na sequência de um certo impulso privado. Nestes casos, de certo modo, apesar da iniciativa particular ser relevante e juridicamente regulada, há uma decisão na qual a Administração, dotada de autonomia, decide prosseguir ou não.

Num outro grupo de casos, inexistente essa decisão administrativa — o início do procedimento propriamente dito deve-se, então, única e exclusivamente, ao particular, que, cumprindo os requisitos formais e materiais indicados por lei, o desencadeia.

A respeito da análise do regime da concessão de utilização privativa de recursos hídricos — referimo-lo a título ilustrativo —, Pedro Gonçalves pronuncia-se sobre as características de um *procedimento administrativo com iniciativa particular*. Refere na realidade o Autor que, “após a alteração de 2008, [...] esclareceu-se que a iniciativa privada não determinava, por si só, o início do procedimento concursal, posto que à Administração se conferia o poder de apreciar o pedido e a oportunidade da abertura do procedimento; só após essa apreciação o procedimento se considera aberto, mediante publicitação e apelo ao mercado e à concorrência, tarefas já da responsabilidade da Administração”. Adianta ainda o referido Autor: “[...] *in casu* a lei [...] optou pela possibilidade de um *modelo procedimental misto* que conjuga a iniciativa particular (ainda que avaliada discricionariamente pela administração) como uma fase de abertura à participação de terceiros concorrentes baseada em iniciativa pública”<sup>(43)</sup>. No regime apreciado pelo Autor, apesar de haver um impulso do particular, o procedimento administrativo apenas se inicia com a decisão jurídica do órgão público. Aqui está pois a diferença em face de um procedi-

---

<sup>(43)</sup> Cf. PEDRO GONÇALVES, *Liberdade de Produção de Electricidade e Administração da Escassez dos Recursos Hídricos do Domínio Público*, Cedipre Online, 8, 2011, pp. 21-22.

mento administrativo particular, no qual, conforme referimos, a Administração fica imediatamente constituída no dever de decidir por mero efeito do requerimento (regularmente) apresentado pelo particular.

Prosseguindo, importa referir-se que, entre nós, se deve a Sérvulo Correia um primeiro esclarecimento no sentido de que a sequência tradicional de lançamento de um procedimento pré-contratual por decisão administrativa não se verifica necessariamente em todo e qualquer contrato administrativo, existindo situações em que “o acto propulsivo do procedimento” não é uma decisão ou deliberação de contratar, mas consiste, antes, “num pedido ou proposta apresentados pelo eventual co-contratante”<sup>(44)</sup>.

Esclarecia o mesmo Autor em 1987 que tal sucede no caso dos *contratos de atribuição*, ou seja, naqueles contratos cuja *causa-função* reside na atribuição de uma certa vantagem ao co-contratante da Administração. É que esses contratos “não nascem de uma necessidade sentida pela Administração independentemente da noção de quem deva vir a ser o outro contraente: pelo contrário, é a verificação de uma situação concreta que suscita a necessidade e a possibilidade do contrato”<sup>(45)</sup>.

Atendendo à assinalada particularidade, o Autor questionava-se sobre a necessidade de observância, na formação deste tipo de contratos, de especiais vinculações de natureza procedimental relacionadas com a escolha do cocontratante. É que — conforme sublinhava o Autor — tal necessidade de escolha apenas se parece justificar “naquelas outras situações em que a Administração precisa de organizar certos meios com vista à consecução de uma finalidade e, para isso, carece de entrar em relação com outra entidade que lhe possa prestar um serviço ou alienar uma coisa ou, até, receber um serviço ou adquirir uma coisa à Administração” — caracterizando-se todas estas situações pela “fungibilidade do co-contratante porquanto o pressuposto determinante da celebração do contrato não é a necessidade de providenciar uma situação concreta de uma certa

---

(44) Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, p. 691.

(45) *Idem*, pp. 690-691.

pessoa, mas sim a de satisfazer uma carência da Administração”<sup>(46)</sup>. E a verdade é que este entendimento veio a obter acolhimento na restrição da aplicação do já revogado art. 183.º do CPA — *rectius*, da regra de obrigatoriedade de concurso público aí estabelecida — aos chamados “contratos administrativos de colaboração”.

Parece, porém, ser hoje uma proposição segura a de que, pela necessidade de garantia do princípio de uma “economia de mercado aberta e de livre concorrência”, certos contratos de atribuição devem ser precedidos de um procedimento de tipo concorrencial. Recorde-se que o âmbito de aplicação do regime de contratação pública plasmado no CCP abrange “*todos os contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado*”. Em todos esses casos, cumpre assegurar a adoção das melhores práticas contratuais por parte dos poderes públicos e, por essa via, a realização do princípio da concorrência. Assim, se, quanto a alguns *contratos de atribuição* — como poderá ser, por exemplo, o caso dos contratos tendentes à atribuição de subsídios ou de subvenções de qualquer natureza —, não se impõe, nos termos do CCP e à luz do citado princípio da concorrência, seguir os procedimentos pré-contratuais legalmente previstos (sem prejuízo da necessidade de observância dos princípios gerais da atividade administrativa e das normas que concretizem preceitos constitucionais), o mesmo não sucede com outros contratos habitualmente reconduzidos à mesma categoria — que se revela, de resto, bastante aberta. Nomeadamente, no que toca aos contratos de concessão (e licenças) de utilização privativa do domínio público, a Administração terá, por regra, de recorrer a um procedimento pré-contratual “que permita uma chamada de várias propostas propiciadora de uma comparação entre elas”<sup>(47)</sup>. Nesta linha, a possível inversão, nos mencionados contratos, do sentido do impulso e, mais do que isso, da ordem de interesses normalmente associados à formação dos contratos públicos não será, por-

---

<sup>(46)</sup> Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, p. 691.

<sup>(47)</sup> Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, col. de Pedro Machete e Lino Torgal, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 458.

tanto, suficiente para afastar a necessidade de observância do princípio da concorrência, sobretudo, atendendo à exclusividade ou escassez dos bens que geralmente integram o objeto (mediato) dos mesmos contratos<sup>(48)</sup>.

Seja como for e voltando ao nosso tema, para o fechar, as considerações de Sérvulo Correia a propósito desta matéria, formuladas há mais de vinte anos, claramente evidenciam, por contraponto com o esquema tradicional de contratação (decisão propulsora do procedimento adotada pela Administração na sequência de impulso administrativo), que certos procedimentos pré-contratuais têm na sua gênese impulsos provenientes de particulares<sup>(49)</sup>.

**19.** Realizado este enquadramento, é tempo de verificar, para aplicação do disposto no art. 14.º, n.º 2, do decreto preambular, se o procedimento de negociação direta previsto no Decreto-Lei n.º 109/94 é ou não uma matéria regulada pelo CCP.

Como vimos, todos os procedimentos pré-contratuais regulados no CCP iniciam-se com a decisão de contratar, ato administrativo prodrómico para o qual é competente o órgão que pode autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar ou, inexistindo esta, o órgão da entidade adjudicante competente para o efeito segundo a respetiva Lei Orgânica.

Uma vez que não obedece a este paradigma, assumindo-se como um procedimento de contratação pública de estrutura diferente daquela a que respeita o CCP, entendemos que a negociação direta fica a salvo da revogação prevista pela norma do art. 14.º, n.º 2, do CCP, não se podendo considerar como uma matéria por ele regulada.

De facto, os cinco procedimentos pré-contratuais previstos no art. 16.º, n.º 1, do CCP são todos, sem exceção, procedimentos administrativos de iniciativa pública, e, como tal, métodos precedi-

---

<sup>(48)</sup> Cf. neste sentido MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, cit., pp. 599, ss.

<sup>(49)</sup> Cf. LINO TORRAL / MARISA MARTINS FONSECA, “Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*Unsolicited Proposals*)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Manuel Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 523 e ss.

dos de uma *decisão de contratar* nos termos do art. 36.º. Não cabendo nesta premissa básica, pelo que acima referimos, não parece possível considerar o procedimento de negociação direta como uma matéria regulada pelo CCP<sup>(50)</sup>.

Além disso, deve sublinhar-se que as regras que o Decreto-Lei n.º 109/94 dedica à negociação direta não são apenas regras procedimentais: incluem regras importantíssimas no que diz respeito à *escolha* desse procedimento, regras essas que, obedecendo a pressupostos e circunstancialismos extremamente específicos (como a existência de concessões adjacentes ou a disponibilização permanente de áreas de concessão) não encontram qualquer correspondência nos critérios de escolha do procedimento no CCP, pelo que, também por esta via, se confirma que não se trata de matéria que o CCP regule.

Não é de resto de hoje que defendemos posição idêntica à acima referida.

Noutro local e no contexto de ilustrar procedimentos que tinham na sua base impulsos privados, o primeiro signatário deste artigo teve já a oportunidade de alertar para o regime jurídico aplicável à *aprovação de licenças e à celebração de contratos de concessão de uso privativo de terrenos do domínio público hídrico*, de acordo com o disposto na Lei da Água (aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro) e respetivo diploma complementar (Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio)<sup>(51)</sup>.

Com base no art. 14.º, n.º 2, do CCP, poder-se-iam considerar *prima facie* revogadas as pertinentes normas da Lei da Água e do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio. Todavia, conforme se coescreveu com Marisa Martins Fonseca em 2009, relativamente à formação de contratos de concessão de uso privativo, se seria de

---

<sup>(50)</sup> Em abono desta conclusão, e como já se sublinhou, é de referir que o já citado Parecer n.º 12/2016 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, homologado pelo Secretário de Estado da Energia, aplicou, de modo expresse, o regime da negociação direta, previsto no art. 17.º do Decreto-Lei n.º 109/94, a um procedimento datado de 2015, afirmando expressamente a vigência daquelas regras.

<sup>(51)</sup> Cf. LINO TORGAL/MARISA MARTINS FONSECA, “Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*Unsolicited Proposals*)”, p. 523 e ss.

admitir a derrogação das normas concernentes aos procedimentos de formação resultantes de iniciativa pública (derrogação essa que aparentemente não teria relevantes implicações, porquanto o regime estabelecido nos diplomas em análise já remetia, no essencial, para o regime geral aplicável em matéria de contratação pública, então constituído pelas “*normas relativas à celebração de contratos de empreitadas de obras públicas ou de fornecimentos e aquisição de bens e serviços*”)<sup>(52)</sup>, o mesmo já não sucede, porém quanto às particularidades previstas na Lei da Água e do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, para os procedimentos desencadeados por decisão da Administração na sequência de pedido de particular, uma vez que não se trata de matéria regulada pelo Código (conforme exige o mencionado art. 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro)<sup>(53)</sup>. Aliás, isto mesmo foi reconhecido pelo legislador, quando veio aprovar, já depois da publicação do CCP, o Decreto-Lei n.º 93/2008, de 4 de Junho, com vista a realizar uma “alteração de carácter interpretativo” de algumas normas estabelecidas no Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, a respeito da tramitação a que se sujeita a celebração de contratos de concessão na sequência de pedido de um particular. Também a jurisprudência já se manifestou no mesmo sentido<sup>(54)</sup>, acompanhada pela Doutrina<sup>(55)</sup>.

**20.** Em suma: existem no ordenamento jurídico português vigente seis procedimentos pré-contratuais potencialmente suscetíveis de ser utilizados (isto é, desde que verificados os respetivos pressupostos) na formação de contratos de concessão da prospe-

---

<sup>(52)</sup> Cf. LINO TORGAL/MARISA MARTINS FONSECA, “Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*Unsolicited Proposals*)”, p. 523 e ss.

<sup>(53)</sup> Cf. LINO TORGAL/MARISA MARTINS FONSECA, “Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*Unsolicited Proposals*)”, p. 523 e ss.

<sup>(54)</sup> Cf. o acórdão do TCA Sul de 15-09-2011 (Rel. Paulo Pereira Gouveia), proc. 7754/11, disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>(55)</sup> Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Títulos de utilização e exploração do domínio público marítimo”, in RUI GUERRA DA FONSECA/MIGUEL ASSIS RAIMUNDO (Coords.), *Direito Administrativo do Mar*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 119-153 (p. 143).

ção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, a saber: ajuste direto; concurso público; concurso limitado por prévia qualificação; procedimento de negociação; diálogo concorrencial; e, finalmente, o procedimento de *negociação direta* previsto e regulado no Decreto-Lei n.º 109/94<sup>(56)</sup>.

A esta conclusão apenas deve acrescentar-se, a título de relevante precisão, que, quando o Estado inicie um procedimento de natureza concursal, está obrigado ao cumprimento, nesse procedimento, das regras do Decreto-Lei n.º 109/94 que correspondem à transposição de regras claras e inequívocas da Diretiva 94/22/CE sobre esse tipo de procedimentos abertos, sob pena de ter de se entender que, por via do art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprovou o CCP, foi criada uma situação de incumprimento do dever de transposição daquela Diretiva europeia de 1994.

## § 2.º

### **Da (in)existência de regimes de contratação pública aplicáveis à aquisição de bens e serviços por concessionárias de atividades petrolíferas**

#### **2.1. Razão de ordem**

**21.** Abordemos, de seguida, a problemática de saber se a aquisição de bens e serviços por parte de uma concessionária titular de uma concessão para a realização de atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, para o desen-

---

<sup>(56)</sup> Ao elenco de procedimentos referido adicionou-se, formalmente, com o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, o novo procedimento da *parceria para a inovação*, que a revisão do Código dos Contratos Públicos adicionou ao elenco dos procedimentos pré-contratuais. Trata-se, porém, neste último caso, previsivelmente, de um procedimento cujos pressupostos de utilização, que são exigentes (cf. art. 30.º-A do CCP, na versão do Decreto-Lei n.º 111-B/2017), com alguma dificuldade se adaptarão à realidade da prospeção e pesquisa de petróleo. Não deve excluir-se, porém, em tese, que tal suceda.



volvimento das atividades petrolíferas, estará sujeita a algum regime de contratação pública.

Por outras palavras, importa apurar se, na formação de contratos a celebrar com terceiros, nomeadamente na aquisição de bens ou serviços, uma concessionária daquele tipo de atividades deve reger-se por regras de contratação pública.

A resposta dependerá, em primeira linha, de saber qual a legislação vigente à época em que foi atribuída a concessão à entidade em causa e, numa segunda linha, do tipo de procedimento de formação do contrato que foi utilizado pela entidade adjudicante para habilitar a concessionária a realizar as atividades de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, objeto da concessão.

Analisemos, em seguida, cada uma destas questões.

## **2.2. Concessões outorgadas antes da entrada em vigor do CCP**

**22.** Conforme sublinhámos, não está em causa saber quais as regras que regeram a atribuição de cada concessão, mas apenas o(s) regime(s) de contratação pública a que uma concessionária de qualquer área geográfica para o exercício da atividade de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, poderá porventura estar adstrita.

O Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de Abril, não faz referência a obrigações de contratação pública da concessionária nas suas relações com terceiros<sup>(57)</sup>.

Do mesmo modo, a Diretiva 94/22/CE é omissa em matéria de regulamentação de procedimentos de contratação pública que a concessionária tenha de observar na contratação de terceiros para o exercício da sua atividade.

---

<sup>(57)</sup> Efetivamente, a única referência existente no Decreto-Lei n.º 109/94 a respeito de contratação das concessionárias de atividades petrolíferas consta do seu art. 76.º, que se traduz numa mera obrigação de comunicação à concedente dos contratos por elas celebrados com terceiros.

Por outro lado, previna-se que não iremos analisar detidamente o regime do (hoje já revogado pelo CCP) Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto — diploma que pretendeu transpor para o direito interno português “*as regras comunitárias referentes aos processos de celebração de contratos nos sectores da água, energia, transportes e telecomunicações, que, na perspectiva daquelas directivas, constituem sectores especiais e como tal são por elas tratados*” (cf. preâmbulo do diploma)<sup>(58)</sup> —, pois isso duplicaria a análise do regime dos sectores especiais do CCP, devendo considerar-se que as conclusões que faremos a propósito da (não) aplicação desse regime ao sujeito concessionário regulado pelo Decreto-Lei 109/94 são extensíveis à (não) aplicação do Decreto-Lei n.º 223/2001 durante o tempo da sua vigência.

**23.** Importa, pois, determinar se a entrada em vigor do CCP teve algum efeito sobre o quadro legal a que as concessionárias nessa data já titulares de uma concessão para as atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo se encontram vinculadas.

Para o efeito, há que confrontar os ditames que resultam do art. 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, diploma que aprovou o CCP. Aí se menciona que “*O Código dos Contratos Públicos só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a data da sua entrada em vigor e à execução dos contratos que revistam natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após essa data, salvo o disposto no n.º 2 do art. 18.º*”. Ficamos a saber, por conseguinte, que o regime de execução contratual previsto no CCP apenas se aplica a contratos cujo procedimento de formação se iniciou posteriormente ao dia 29 de julho de 2008.

Atento o disposto nesta disposição, parece seguro concluir que os contratos celebrados com terceiros, por uma concessionária habilitada, antes daquela data do ano de 2008, a desenvolver ativi-

---

(58) Diretiva 93/38/CEE (sectores excluídos), de 14 de Junho.

dades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, na sequência de procedimentos de formação iniciados em momento anterior ao da entrada em vigor do CCP, não estão sujeitos à disciplina jurídica do CCP.

**24.** Nesta senda, cabe agora apurar se os contratos a celebrar com terceiros por uma concessionária petrolífera (que já o era antes da entrada em vigor do CCP) devem, após a entrada em vigor do CCP, ficar sujeitos a qualquer tipo de obrigações de contratação pública.

O referencial cronológico a considerar para esta específica parte da presente investigação é, insiste-se, o dos contratos cujos procedimentos de formação se iniciaram após a entrada em vigor do CCP (29 de julho de 2008), sendo que, de acordo com o disposto no art. 36.º do CCP, o “*procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar*”.

Para responder à questão colocada, importa assim apurar se este concreto tipo de concessionários — de prospeção, pesquisa, desenvolvimento ou produção de petróleo — são qualificados como *entidades adjudicantes*, nos termos e para os efeitos do Código.

Como é sabido, “*de acordo com a sistematização do CCP existem três grupos e tipos de entidades adjudicantes — e um quarto grupo de entidades definidas nos arts. 276.º e 277.º, que, não sendo entidades adjudicantes, veem, em certas circunstâncias, ser-lhes estendido este ou aquele regime pré-contratual do Código*”<sup>(59)</sup>.

Estão aqui em causa (i) as entidades adjudicantes referidas no art. 2.º, n.º 1, do CCP, (ii) as entidades adjudicantes identificadas no art. 2.º, n.º 2, do CCP, (iii) as entidades adjudicantes mencionadas no art. 7.º, n.º 1, do CCP e, finalmente (iv) a extensão do âmbito de aplicação do CCP, sobre o qual nos debruçaremos mais adiante.

Facilmente se conclui que este tipo de concessionárias não integra os dois primeiros grupos de entidades adjudicantes enumerados.

---

<sup>(59)</sup> Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, p. 89.

Com efeito, uma concessionária habilitada a realizar atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, agregando, em regime de consórcio externo, pessoas coletivas de capitais privados, não integra o sector público administrativo<sup>(60)</sup> previsto no art. 2.º, n.º 1.

Além disso, essa mesma concessionária não se enquadra no conceito de *organismo de direito público*, porquanto não é maioritariamente financiada ou de qualquer forma sujeita ao controlo de entidades do mencionado sector público administrativo, sabendo-se que este é um requisito essencial para este efeito<sup>(61)</sup>.

É verdade que o contrato de concessão, ele mesmo, confere ao concedente alguns poderes sobre o concessionário (cf., por exemplo, os arts. 61.º, 64.º ou 66.º do Decreto-Lei n.º 109/94). Tais poderes, porém, não permitem ao concedente qualquer interferência na nomeação dos membros dos órgãos sociais dos sujeitos que compõem o concessionário, não assumindo, igualmente, intensidade suficiente para que se possa falar na capacidade de controlar efetivamente a gestão quotidiana do concessionário, padrão que tem sido aplicado pelo Tribunal de Justiça para aferir o controlo de gestão<sup>(62)</sup>.

**25.** Cabe, assim, verificar se tal concessionária é qualificada como uma entidade adjudicante dos sectores especiais da água,

---

<sup>(60)</sup> De facto o n.º 1 do art. 2.º contempla o sector público administrativo, não sendo a afirmação prejudicada pelas entidades referidas na alínea g) desse número, já que estas resultam necessariamente da associação daquelas e configuram, por isso, um seu fenómeno de extensão ou instrumentalização.

<sup>(61)</sup> Sobre os requisitos necessários para a qualificação como organismo de direito público, veja-se, sobretudo, JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “Os «organismos de direito público» e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Vol. I, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2006, p. 633 e ss.; BERNARDO AZEVEDO, “Organismo de direito público — Uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível”, in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra: CEDIPRE, 2010, pp. 51-86.

<sup>(62)</sup> Cf., sobretudo, os acórdãos do TJ de 12-09-2013 (*IVD GmbH & Co. KG*), proc. C-526/11; de 13-04-2010 (*Wall*), proc. C-91/08; de 27-02-2003 (*Adolf Truley*), proc. C-373/00, todos disponíveis em <curia.europa.eu>.

energia, transportes e serviços postais ao abrigo do disposto no art. 7.º, n.º 1 do CCP.

Em particular, salientamos a alínea *b*) desse artigo, de acordo com a qual são entidades adjudicantes “*qualsquer pessoas colectivas não abrangidas pelo art. 2.º que gozem de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional e que tenham por efeito: (i) reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou várias actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e (ii) afectar substancialmente a capacidade de qualsquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas entidades*”.

Deste artigo retira-se que o legislador optou, no caso dos sectores especiais, por poder vir a considerar como *entidade adjudicante* uma entidade puramente privada, desde que beneficie de direitos especiais ou exclusivos.

Esta opção deve ser lida à luz do sentido, quer do regime dos sectores especiais como um todo, quer do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, em particular.

Ora, a justificação para um regime específico de contratação pública nos sectores especiais é o de impedir que as entidades titulares de direitos de exclusivo — que lhes garantem *monopólios de facto e de direito* numa certa área —, seja qual for a fonte da atribuição do mesmo, distorçam o mercado interno através de práticas anticoncorrenciais<sup>(63)</sup>. O receio do legislador europeu é o de que uma empresa que tenha um monopólio possa ser tentada a ser menos objetiva e racional nas suas escolhas (dado que um mono-

---

<sup>(63)</sup> Vejam-se, por exemplo, RUI MEDEIROS, “A contratação pública nos sectores com regime especial — água, energia, transportes e telecomunicações”, in AA/VV, *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 137, ss.; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Contratação pública no sector da energia”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, L, (1-2), 2009, p. 199 ss.; MARK KIRKBY, “Contratação pública nos «sectores especiais»”, in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Coimbra: CEDIPRE, 2010, p. 41, ss.; e TOTIS KOTSONIS, “The 2014 Utilities Directive of the EU: codification, flexibilisation and other misdemeanours”, *Public Procurement Law Review*, (4), 2014, p. 169, ss.

polista tende a “descuidar” a racionalidade económica), e daí que lhe imponha respeitar certas regras de escolha do cocontratante. Recorde-se que o legislador pretende, sobretudo, que os agentes económicos decidam com base em considerações de racionalidade económica, e que as empresas europeias consigam prestar serviços em qualquer ponto geográfico da União, desde que o façam de forma competitiva. Pretende evitar-se, particularmente, que as entidades adjudicantes sejam tentadas a favorecer os agentes económicos *do seu próprio país*, isto é, quer evitar as formas diretas e indiretas de *discriminação em razão da nacionalidade*.

Contudo, e como resulta do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP (e do regime europeu correspondente), o legislador só considera justificado submeter uma entidade privada às regras da contratação pública se o direito de exclusivo lhe foi atribuído *num procedimento sem publicidade internacional*.

Compreende-se que assim seja: se uma empresa obtém um direito de exclusivo *que estava acessível a outras empresas*, isso significa que não há que recear pela atuação não concorrencial dessa empresa (porque se entende, desde logo, que o Estado não exerce sobre ela uma influência significativa)<sup>(64)</sup>. Esse receio só se justifica se *a empresa obteve esse direito de exclusivo do Estado por um procedimento sem publicidade e, portanto, sem garantias de transparência*. A atribuição de um direito nessas condições de ausência de publicidade não ofereceria garantias de que não teria existido um tratamento preferencial dado pelo Estado a essa empresa. Deste modo, a *ratio*, o sentido, do preceito em causa, é o de dizer que *só a atribuição de um direito exclusivo sem publicidade é suscetível de prejudicar a concorrência de mercado*. O objetivo do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP não é outro que o de garantir que o mercado é adequadamente avisado da possibilidade

---

(64) Entre nós, MARK KIRKBY sugere que a *ratio* da norma é precisamente a de “excluir do conceito de «entidades adjudicantes» [...] todas as entidades sobre as quais a Administração não pode exercer uma influência real quanto às decisões relativas aos contratos que aquelas venham a celebrar, precisamente porque a Administração não goza de liberdade ou de poderes discricionários na atribuição dos referidos direitos exclusivos ou especiais” [porque foram atribuídos na sequência de um procedimento concursal]. Cf. “A Contratação Pública nos «Sectorios Especiais»”, p. 52.

de atribuição do direito exclusivo, por razões de transparência e igualdade.

Cumpra, agora, avançar na análise do circunstancialismo do qual depende a qualificação de uma entidade privada como entidade adjudicante nos termos do art. 7.º, n.º 1, alínea b), do CCP.

**26.** A definição do que podem ser direitos especiais e exclusivos relevantes para este efeito está condicionada a um conjunto de fatores que carecem de ser lidos em conjunto, fazendo desde já notar que, em caso de não preenchimento destes pressupostos, a entidade privada em causa não será considerada como entidade adjudicante e estará, portanto, desobrigada do cumprimento das regras de contratação pública previstas no CCP.

Em primeiro lugar, há que averiguar se os direitos especiais ou exclusivos foram atribuídos à concessionária no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional. Em caso afirmativo, esse direito especial ou exclusivo deve reservar à entidade em causa o exercício de uma ou várias atividades no âmbito dos sectores especiais e, finalmente, esses direitos têm de afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem as mesmas atividades.

Não existe qualquer dúvida que a concessionária, por via da concessão, exerce um direito exclusivo sobre uma determinada área geográfica, com a finalidade de prospectar ou explorar petróleo, sendo igualmente certo que o art. 9.º, n.º 1, alínea b), do CCP, em preenchimento do segundo requisito que acima mencionámos, explicita que se consideram “*actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais: [...] b) as relativas à exploração de uma área geográfica com a finalidade de: i) Prospectar ou proceder à extração de petróleo, gás, carvão ou outros combustíveis sólidos; [...]*”.

Em todo o caso, uma característica típica de qualquer concessão é a utilização exclusiva de um bem que lhe é afeta. Ora, o “exclusivo” detido por uma concessionária de uma área geográfica para a prospeção e exploração de petróleo, *per se*, difere substancialmente do “exclusivo” referido na norma do art. 7.º, n.º 1, alínea b), que é qualificado com o conjunto de requisitos identificado.

A qualificação de uma concessionária como entidade adjudicante fica, assim, numa primeira linha de análise, dependente da forma como a concessão lhe foi atribuída, isto é, se o direito de exclusivo lhe foi atribuído no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional. A lógica desta exigência, como se viu, prende-se com a proteção da concorrência, do qual o princípio da publicidade é corolário.

Nesta medida, se o procedimento utilizado para a outorga da concessão foi precedido de publicidade internacional, esta concessionária não poderá ser qualificada como entidade adjudicante.

De acordo com a nossa análise do Decreto-Lei n.º 109/94, identificámos os dois procedimentos que, até ao CCP, podiam ser mobilizados para a atribuição de concessões para o exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo: o concurso público e a negociação direta.

No caso do concurso público, a obrigação de o mesmo ser publicado no “Jornal Oficial das Comunidades”<sup>(65)</sup>, revela que a atribuição de concessões, por este meio e ao abrigo do Decreto-Lei n.º 109/94, era realizada no âmbito de um procedimento com publicidade internacional. Nesta medida, é forçoso concluir que as concessionárias que tenham obtido o seu título ao abrigo deste regime não podem ser consideradas entidades adjudicantes ao abrigo do art. 7.º, n.º 1, alínea b), do CCP.

**27.** Em contraste, na negociação direta, não existe qualquer norma que obrigue a publicidade (nacional ou internacional) *do procedimento propriamente dito*, o que, aliás, se compreende, se atendermos aos seus pressupostos e considerarmos que o mesmo se inicia com um requerimento apresentado pela entidade interessada, seguindo-se um período de negociação com a Administração, culminado com o acordo das partes sobre os termos em que será exercida a concessão e a consequente aprovação desses termos pelo Ministro da tutela<sup>(66)</sup>.

---

<sup>(65)</sup> Cf. art. 10.º do Decreto-Lei n.º 109/94.

<sup>(66)</sup> Cf. art. 17.º do Decreto-Lei n.º 109/94.



Em face da ausência de publicidade aquando do lançamento do procedimento de negociação direta propriamente dito, pareceria que se deveria concluir que as concessionárias às quais tenham sido atribuídas concessões para o exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo no âmbito de negociação direta previsto no Decreto-Lei n.º 109/94, em momento anterior ao CCP, deveriam ser consideradas como tendo tido acesso à posição de concessionárias sem publicidade internacional, o que as colocaria na esfera de influência da alínea *b*) do n.º 1 do art. 7.º do CCP.

Não é, porém, assim, pois a verdade é que uma análise mais aprofundada dos fundamentos de recurso à negociação direta revela que em todos eles, ocorre, num momento anterior, uma publicidade internacional relevante, a qual, atendendo às finalidades do regime dos sectores especiais, deve considerar-se suficiente para afastar a aplicação da alínea *b*) do n.º 1 do art. 7.º do CCP; ou, pelo menos, apresentam, tais casos, razões justificativas da dispensa de publicidade e/ou concorrência.

De facto, parece-nos ser de diferenciar a situação de uma concessionária obter o seu título através de um procedimento pré-contratual sem publicidade internacional, porque a regulamentação à época não exigia qualquer procedimento, da situação de uma outra concessionária sujeita igualmente a um procedimento pré-contratual sem publicidade, mas porque tal era permitido pela própria legislação ao abrigo de critérios compatíveis com a proteção da concorrência, de harmonia com a legislação nacional e comunitária, vigente à época.

Como se compreende, a norma do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP pretende sujeitar à concorrência, por via do regime dos sectores especiais, a atividade de uma concessionária titular de um exclusivo, e cujo título habilitante foi atribuído sem preocupações concorrenciais<sup>(67)</sup>.

---

(67) Ou pela negativa: “A ideia é, portanto, a de que, se tiver existido concorrência comunitária a montante, na atribuição do direito exclusivo ou especial, a entidade sua titular não estará, pelo menos ao abrigo do art. 7.º/2, obrigada a observar, a jusante, os procedimentos de pré-contratação pública”. Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, p. 116.

Ora, verifica-se que a situação dos concessionários que receberam a concessão por via da negociação direta regulada pelo Decreto-Lei n.º 109/94 beneficia da notória preocupação desse regime com o cumprimento de critérios de concorrência europeus. O facto de, por aplicação desses critérios, se ter concluído pela desnecessidade de publicidade comunitária *do lançamento do procedimento propriamente dito* não é razão justificativa para submeter a concessionária a novo escrutínio concorrencial a jusante, quando os diversos fundamentos do recurso à negociação direta já pressupõem uma publicidade prévia. Tal sujeição à contratação pública seria aliás discriminatória face às demais concessionárias. Neste sentido, a norma parece ter uma formulação literal mais estrita do que aquilo que o legislador pretendia aplicar e do que era exigido pelo direito europeu<sup>(68)</sup>.

Assim, embora a negociação direta, isoladamente considerada, seja um procedimento sem base concorrencial, os casos que permitiam o acesso a este procedimento têm, na sua origem, uma *ratio* claramente justificadora dessa ausência de concorrência. Existe, até, bem vistas as coisas, um evidente paralelismo com as razões motivadoras da definição dos critérios materiais da escolha do procedimento de ajuste direto previstos no CCP.

Relativamente às alíneas *b*) e *c*) do n.º 2 do art. 8.º do Decreto-Lei 109/94<sup>(69)</sup>, está subjacente uma ideia de prévia sujeição ao

---

(68) Iguualmente com a tónica que a letra desta norma é mais restritiva do que seria desejado pelo legislador, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA sugerem: “Note-se que o CCP contém, nesta matéria, uma norma que aparentemente é mais restritiva do que a do direito comunitário [...]. O que significa que, por exemplo, a atribuição de direitos especiais ou exclusivos mediante licença (e não apenas mediante concessão contratual), sujeita a prévio procedimento de acto administrativo conforme os princípios do direito comunitário, de acordo com a Directiva [17/2004/CE], também relevam, para estes efeitos, excluindo essa entidade do âmbito de aplicação pré-contratual do CCP”. Cf. *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, p. 116. Os AA. repudiam o sentido resultante da interpretação literal do art. 7.º/2, entendendo “dever a mesma interpretar-se extensivamente”, para que nela caibam, não só as concessões atribuídas por contrato, mas, igualmente, os atos de licenciamento conformes com os princípios de direito europeu.

(69) Referimo-nos ao facto de um concurso público ter ficado deserto ou à restituição de uma área por uma concessionária (para efeitos de raciocínio, neste último caso, previamente sujeita a concurso).

mercado<sup>(70)</sup>. Seja porque do concurso público lançado não surgiu nenhuma concessionária, seja porque a concessionária restituiu a área previamente já concessionada. Nestes casos, o contrato de concessão em questão só é celebrado por negociação direta porque o mercado não reagiu perante um procedimento anterior que seguiu a forma de concurso público [alínea *b*)] ou porque o mercado, através do operador escolhido concorrencialmente, repudiou a concessão [alínea *c*)]. O pressuposto (negativo) essencial do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*) do CCP está, pois, cumprido, nesses casos.

No que concerne à alínea *d*), a não sujeição à concorrência tem um fundamento técnico-económico, de novo numa lógica semelhante ao procedimento de ajuste direto, assente numa ligação qualificada do objeto do contrato a uma entidade específica: neste caso, a ligação geográfica da zona territorial, previamente concedida a uma entidade privada, a um campo de petróleo adjacente a essa zona<sup>(71)</sup>. Reforçando a conclusão, veja-se até que o legislador nacional (na senda do europeu) levou até onde lhe era possível, mesmo nestes casos, a proteção da concorrência: estabeleceu no art. 8.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 109/94, que neste tipo de situações, “havendo mais do que uma concessão contígua nas condições indicadas será aberto concurso, limitado às concessionárias confinantes com a área em questão”. Ou seja, o legislador, em cumprimento do princípio da não discriminação, colocou em pé de igualdade as duas concessionárias em situação semelhante.

Quanto à alínea *a*) do mesmo artigo, respeitante a áreas previamente declaradas disponíveis numa base permanente, numa primeira análise, a falta de publicidade pareceria desrespeitar o princípio de publicidade europeia previsto no art. 7.º, n.º 2, alínea *b*), do CCP, uma vez que a concessão é atribuída a um privado, mediante sua solicitação e negociação entre este e a entidade pública competente.

---

<sup>(70)</sup> Sobre o prévio recurso ao mercado como fundamento de dispensa da publicidade e concorrência, cf. M. A. RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, p. 920, ss.

<sup>(71)</sup> Sobre este tipo de fundamento de dispensa de publicidade e concorrência, M. A. RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, p. 989 ss. e, com particular relevância para o presente texto, p. 995, ss. e 1013, ss.

Importa, porém, reter uma particularidade do procedimento de negociação direta lançado ao abrigo da mencionada alínea: ele só é possível em áreas que tenham sido previamente declaradas disponíveis numa base permanente<sup>(72)</sup>. Efetivamente, prevê-se a obrigação de a Administração conferir publicidade, não só nacional, mas também europeia, às áreas para as quais poderiam ser atribuídas concessões por negociação direta, ou seja, o GPEP (ou quem sucedeu nas suas competências) estava obrigado a dar a conhecer aos operadores interessados no mercado europeu que poderiam apresentar um requerimento, para que lhes fosse atribuída uma concessão por negociação direta, nas áreas devidamente indicadas para esse efeito<sup>(73)</sup>.

O procedimento de negociação direta aberto com o referido fundamento é, assim, obrigatoriamente precedido da publicitação europeia de um aviso com a indicação das áreas disponíveis, as quais poderão ser concessionadas através de uma negociação direta. Ora, a publicação deste aviso não pode deixar de ser relevada como um elemento essencial do concreto pressuposto que permite a mobilização do procedimento de negociação direta. Por este motivo, neste caso, admitimos que a utilização do procedimento de negociação direta não ignora a publicidade europeia exigida pela norma constante do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*) do CCP, no sentido em que assenta num prévio ato de publicação europeia.

Em síntese, parece-nos, pois, possível concluir que o art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP deve ser interpretado de forma extensiva, por recurso ao seu elemento teleológico, no sentido de não incluir na sua previsão as concessionárias de áreas geográficas para o

---

(72) Nos termos do art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 109/94: o Gabinete para a Pesquisa e Exploração de Petróleo [...] promoverá, no prazo de 90 dias após a entrada em vigor do presente diploma, a publicação de um aviso no Diário da República e no Jornal Oficial das Comunidades onde serão indicadas as áreas destinadas ao exercício das atividades de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo e, de entre essas áreas, as consideradas disponíveis numa base permanente bem como o local onde podem ser obtidas informações pormenorizadas a este respeito”.

(73) Cf. o aviso publicado no Diário da República, III Série, n.º 167, de 21 de Junho de 1994 e no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, n.º 151/171, de 9 de Agosto de 1994, conforme alterado pelo Aviso publicado na III Série, n.º 60, de 12 de Março de 2002.

exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, cujo título habilitante lhes tenha sido atribuído ao abrigo de um procedimento compatível com o Decreto-Lei n.º 109/94.

**28.** Ainda que a conclusão a que se chega seja, só por si, suficiente para excluir a qualificação como entidade adjudicante nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do art. 7.º, vale a pena retomar a qualificação do direito de exclusivo relevante para a qualificação de uma concessionária como entidade adjudicante. A este respeito, importa ainda verificar se o exclusivo conferido a uma concessionária para proceder à prospeção, pesquisa e produção de petróleo numa determinada área geográfica tem apetência para afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem essa mesma atividade.

Nesta sede, importa recorrer ao considerando 25 da Diretiva 2004/17/CE, de acordo com o qual *“não poderão ser considerados, seja por forma for, inclusivamente mediante atos de concessão, direitos exclusivos ou especiais, os direitos concedidos por um Estado-Membro a um número limitado de empresas com base em critérios objetivos proporcionais e não discriminatórios, que deem a qualquer interessado que os satisfaça a possibilidade de beneficiar dos mesmos”*.

A verdade é que, nos termos do Decreto-Lei n.º 109/94, fosse por procedimento concursal<sup>(74)</sup>, fosse por requerimento apresentado à Administração para exploração de uma área geográfica previamente decretada numa base permanente, através de procedimento de negociação direta, qualquer interessado poderia obter uma concessão para prospeção, pesquisa e produção de petróleo numa base objetiva, desde que cumpridos os requisitos para o efeito. Mais: o facto de uma entidade obter uma concessão não prejudica o direito de outras obterem uma outra concessão, para a

---

<sup>(74)</sup> Conforme sucedido, em 2002, com o lançamento pelo Estado Português do Concurso Público para Atribuição de Direitos de Prospeção, Pesquisa, Desenvolvimento e Produção de Petróleo no Deep-Offshore, cujas peças podem ser consultadas em <<http://www.dgeg.pt/dpep/2002/concurso2002.pdf>> (última consulta em 22 de maio 2015).

mesma atividade, numa outra área geográfica disponível, adjacente, ou não, com a área que a primeira explora. Com efeito, de acordo com a DGEG, existem atualmente quatro bacias concessionadas, uma *onshore* e três *offshore*, cada uma delas com variadas áreas de concessão, que contam atualmente com seis concessionárias, conforme informação disponível no sítio da *internet* da DGEG<sup>(75)</sup>. Tudo isto aponta para que há múltiplas entidades inseridas no mesmo mercado, em plena concorrência<sup>(76)</sup>. Temos, pois, que a circunstância de uma concessionária deter um exclusivo de uma área geográfica para a prospeção, pesquisa e produção de petróleo não prejudica efetivamente a possibilidade de quaisquer outras entidades desenvolverem a atividade que é relevante para esse efeito — a prospeção, pesquisa e produção de petróleo numa área geográfica em Portugal<sup>(77)</sup>. A existência desta situação de concorrência foi também implicitamente assumida, como veremos já de seguida, pela própria Comissão Europeia.

Não se encontram assim preenchidos os pressupostos de aplicação da norma prevista na alínea *b*) do número 1, art. 7.º do CCP, pelo que se conclui que as concessionárias titulares de uma concessão para a realização de atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo não são entidades adjudicantes ao abrigo do CCP, **razão pela qual os contratos que estas celebram não estão sujeitos a procedimentos de contratação pública à luz do CCP.**

---

<sup>(75)</sup> Informação disponível em <[http://www.dgeg.pt/dpep/pt/info\\_pt.htm](http://www.dgeg.pt/dpep/pt/info_pt.htm)> (última consulta em 22 de maio de 2015).

<sup>(76)</sup> Segundo a DGEG, em 2002, 2006 e 2007 foram assinados um total de catorze contratos de concessão de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, doze dos quais em 2007. Informação disponível em <[http://www.dgeg.pt/dpep/pt/history\\_pt.htm](http://www.dgeg.pt/dpep/pt/history_pt.htm)> (última consulta em 22 de maio de 2015).

<sup>(77)</sup> No mesmo sentido, mas a respeito de uma concessão de utilização privativa do domínio hídrico, cf. MARK KIRKBY, “A Contratação Pública nos «Sectores Especiais»”. Segundo o Autor (p. 55), “por um lado, a circunstância de uma determinada entidade deter um direito exclusivo de aproveitamento de potencial hidroelétrico de determinada barragem significa apenas isso mesmo: que essa entidade pode utilizar a água da barragem para produção de electricidade. Mas não significa, como é patente, que detenha um exclusivo da actividade de produção de energia elétrica no território nacional ou um direito especial e reservado no que concerne a esta atividade”.

29. Não obstante, deve sublinhar-se, a bem da exaustividade da análise, que, mesmo que se considerasse que uma concessão do tipo das que analisamos afetava substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem essa mesma atividade, nem por isso a contratação por parte de uma concessionária de áreas geográficas para o exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, cujo título habilitante lhe tenha sido atribuído em momento anterior à entrada em vigor do CCP ao abrigo de um procedimento de negociação direta, estaria sujeita aos procedimentos pré-contratuais disciplinados pelo CCP. Ou seja, ainda que se considerasse que estas entidades deveriam ser qualificadas como entidades adjudicantes ao abrigo do art. 7.º, teriam ainda de (i) ser preenchida a previsão dos arts. 11.º e (ii) não verificadas as causas de exclusão previstas no art. 13.º desse mesmo código.

No âmbito do art. 11.º, seria necessário que o contrato a celebrar pela concessionária (i) respeitasse direta e principalmente a uma das várias atividades por elas exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e ainda que (ii) e o seu objeto abrangesse prestações típicas dos contratos de empreitadas de obras públicas (com valor superior ao limiar estabelecido), concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos ou locação e aquisição de bens móveis ou serviços (com valor superior ao limiar estabelecido)<sup>(78)</sup>.

Ora, ainda que se entendesse que os contratos a celebrar pela concessionária estariam abrangidos pelo disposto no art. 11.º, certo é que o art. 13.º do Código excluiria a aplicação da Parte II do Código a esses mesmos contratos.

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 13.º, n.º 1, alínea b), do CCP, a Parte II do CCP não se aplica à formação de contratos “*a celebrar por uma entidade adjudicante cuja actividade esteja directamente exposta à concorrência em mercado de acesso não limitado, desde que tal seja reconhecido pela Comissão Europeia, a pedido do Estado Português, da entidade adjudicante em*

---

<sup>(78)</sup> Sobre estes requisitos, cf. os já citados estudos de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Contratação pública no sector da energia” e de MARK KIRKBY, “Contratação pública nos «sectores especiais»”.

*causa ou por iniciativa da própria Comissão Europeia, nos termos do disposto no art. 30.º da Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março”.*

Ora, é a própria Diretiva 17/2004 que atesta que a prospeção, pesquisa e exploração de petróleo é uma atividade diretamente exposta à concorrência em mercado de acesso não limitado, ao prever, no seu art. 30.º, n.º 3, que *para efeitos do no. 1 [do art. 30.º], o acesso a um mercado será considerado não limitado se o Estado-Membro tiver transposto e aplicado as disposições da legislação comunitária mencionada no Anexo XI.* Ora, do anexo XI consta precisamente a Diretiva 94/22/CE<sup>(79)</sup>.

A confirmar tudo isto, surgiu um elemento adicional que torna a questão que abordamos líquida e incontestada, no sentido que aqui se defende. Com efeito, a Comissão Europeia, ao abrigo do já referido mecanismo do art. 30.º da Diretiva n.º 2004/17, emitiu a Decisão de Execução (UE) 2015/2177, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* de 25 de novembro de 2015 (L 307/27 a 30), por meio da qual isentou a prospeção de petróleo e gás natural em Portugal da aplicação da referida Diretiva. Os argumentos utilizados pela Comissão para tomar a referida decisão foram, por um lado, o facto de estar transposta, em Portugal, a Diretiva 94/22/CE (algo que, como se disse acima, permite afirmar que o mercado em questão não é de acesso limitado), e, por outro lado, o facto de o mercado da prospeção de petróleo — que, como refere a Comissão, tem dimensão global — ser aberto e não se encontrar concentrado, o que permite falar numa atividade verdadeiramente concorrencial.

Nesta medida, e ao invés do que é sustentado por alguma doutrina<sup>(80)</sup> (que entende que o Código não se aplica, *per se*, às conces-

---

(79) Por outro lado, e sem prejuízo dos vários critérios estabelecidos no art. 30.º, n.º 2, da Diretiva 17/2004/CE, já no seu considerando 41 o legislador europeu claramente considera os mercados sujeitos à regulação da Diretiva 92/44/CE como sujeitos à concorrência: “Considerar-se-á que a execução e aplicação da legislação comunitária adequada para promover a abertura de um determinado sector, ou de parte deste, proporciona uma presunção suficiente de livre acesso ao mercado em questão [...]. Para este efeito, a aplicação por um Estado-Membro de uma directiva, por exemplo a Directiva 94/22/CE, que abre um determinado sector à concorrência [...].”

(80) AA.VV, *Direito do Petróleo*, p. 133.



sões de prospecção, pesquisa e exploração de petróleo, incluindo a própria *formação* dessas mesmas concessões, por estes contratos *celebrados pelas próprias concessionárias* estarem excluídos do âmbito da diretiva 2004/17/CE, com base no art. 30.º desse diploma), deve entender-se que o CCP abrange, em princípio, a formação das concessões propriamente ditas (com as especificidades assinaladas e devidas à vigência parcial do Decreto-Lei n.º 109/94), mas exclui da aplicação do regime dos setores especiais os contratos celebrados pelas concessionárias, como base no racional de se tratar de um mercado aberto e livre.

Concluímos, pois, pela não qualificação das concessionárias de áreas geográficas para o exercício da atividade de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo como entidades adjudicantes ao abrigo do art. 7.º, n.º 1, alínea *b*) e, igualmente, numa linha de raciocínio supletiva, que os contratos a celebrar por essas entidades estariam, de todo o modo e em qualquer caso, isentos de procedimentos específicos de contratação pública, por via da exclusão prevista no art. 13.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP.

**30.** Uma última nota, a este respeito, para referir que o que acaba de dizer-se sobre o carácter exposto à concorrência da atividade em causa foi ainda consolidado e reforçado — se necessário fosse — pelo regime da nova Diretiva n.º 2014/25/UE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e que revogou a Diretiva 2004/17/CE<sup>(81)</sup>.

Assim, não só o regime, acima analisado, que até aqui constava do art. 30.º da Diretiva 2004/17, se mantém (cf. o art. 34.º da Diretiva 2014/25), como a própria evolução do mercado dos hidrocarbonetos levou a que o legislador europeu tenha deixado pura e simplesmente de submeter à contratação pública as entidades que exercem atividades de prospecção de petróleo, “*dado este sector ter estado sistematicamente sujeito a uma pressão concorrencial tal*

---

<sup>(81)</sup> Publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, L/94, de 28 de Março de 2014.

*que a disciplina de contratação imposta pelas regras de contratação pública da União deixou de ser necessária”* (considerando 25 da Diretiva 2014/25). Com efeito, sujeita à Diretiva está agora apenas a *exploração* de petróleo e gás<sup>(82)</sup>, e, mesmo assim, no caso de se tratar de empresa privada, mantém-se o requisito de existência de um direito exclusivo atribuído de forma não concorrencial, nos mesmos termos acima analisados (cf. agora os arts. 4.º, n.º 3 e 14.º, alínea *a*), da Diretiva 2014/25)<sup>(83)</sup>. Em termos cronológicos, a Decisão de Execução (UE) 2015/2177, embora tenha feito ainda aplicação da Diretiva 2004/17, já refletiu esta orientação.

### 3.3. Concessões outorgadas após a entrada em vigor do CCP

**31.** Importa agora saber se as conclusões a que chegámos acima sofrem alguma alteração pelo facto de as concessionárias em causa terem obtido o seu título habilitante após a entrada em vigor do CCP.

Nesta sede, há que recuperar as conclusões a que chegámos na resposta à primeira questão do presente estudo. Assim, se a concessão foi atribuída na sequência de um dos procedimentos disciplinados pelo CCP, estaremos perante um ato necessariamente submetido à concorrência em termos satisfatórios, não devendo a concessionária ser incluída no conceito de entidade adjudicante.

Em todo o caso, também estas concessionárias não devem ser consideradas entidades adjudicantes para efeitos do CCP; assim como os seus contratos continuariam a ser excluídos no âmbito do art. 13.º do CCP, não se encontrando, de igual modo, sujeitas a regimes de contratação pública aplicáveis à aquisição de bens e serviços.

Aplica-se assim, igualmente, todo o racional acima exposto.

---

<sup>(82)</sup> Em coerência, o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, alterou a redação do art. 9.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, retirando a menção à prospeção.

<sup>(83)</sup> Sobre o regime da nova diretiva, cf., por todos, TOTIS KOTSONIS, “The 2014 Utilities Directive of the EU: codification, flexibilisation and other misdemeanours”, *cit.*

### 3.4. O regime de extensão da aplicação do CCP (artigos 276.º a 277.º)

32. Concluimos que as concessionárias de áreas geográficas para o exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo não estão sujeitas, nos contratos a celebrar com terceiros, aos procedimentos pré-contratuais previstos no CCP, independentemente de a sua concessão ter sido atribuída antes ou depois da entrada em vigor daquele diploma.

Importa, ainda, referir que tais entidades não se encontram abrangidas pelo regime de extensão, previsto nos arts. 276.º e 277.º do CCP.

Na verdade, o art. 276.º do CCP é apenas aplicável às concessionárias de obras públicas. Uma vez que não estamos — notoriamente — perante um contrato de concessão de obras públicas (cf. art. 407.º, n.º 1, do CCP), mas diante de uma concessão de uso privativo do domínio público, ou, porventura e noutra opinião, de uma concessão de exploração do domínio público (qualificação esta que nos coloca alguma dificuldade, desde logo “haja vista que quando é outorgada a concessão sequer se pode falar propriamente de uma jazida, o que somente surgirá se restar bem-sucedida a etapa de pesquisa”)<sup>(84)</sup>, dúvidas não restam quanto à inaplicabilidade do disposto no art. 276.º do CCP<sup>(85)</sup>.

---

<sup>(84)</sup> Como refere FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, *Bens Públicos*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 199. O Autor considera que se estará, neste caso, diante de “concessão de uma atividade económica reservada constitucionalmente ao monopólio, outorga esta precedida da decisão da União (titular do monopólio de explorar indiretamente, naquele bloco, sua prerrogativa constitucional” (p. 199).

<sup>(85)</sup> AA.VV., *Direito do Petróleo*, p. 133 e PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 93. Segundo esta doutrina, está em causa um exemplo de uma concessão de exploração do domínio público e não uma concessão de uso privativo do domínio público, “pois o que está em causa não é a utilização do bem, mas a actividade de o explorar ou gerir — enquanto nas concessões de uso privativo, sendo indispensável para o exercício de uma dada actividade, o uso do bem é o direito que a autoridade administrativa concede, nas concessões de exploração e gestão, o que a autoridade administrativa concede ou transfere para o interessado é um direito próprio, o direito de o explorar ou gerir. A concessão de exploração domínio público coloca por isso o concessionário na posição da Administração concedente”. Para PEDRO GONÇALVES, a “apropriação pública *ope legis*, que exclui obviamente a invocabilidade de um direito de exploração de

33. O art. 277.º do CCP, por seu turno (do qual, em todo o caso, apenas resultaria, não a sujeição à Parte II do CCP, mas a sujeição genérica e indeterminada ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade nos contratos de aquisição de bens móveis e serviços), é apenas aplicável a entidades a quem tenham sido conferidos direitos especiais ou exclusivos no contexto de atividades que sejam qualificadas como de “serviço público”.

Este, como tivemos a oportunidade de analisar, não corresponde ao objeto da concessão em análise, já que não há qualquer obrigação de serviço público que seja imposta à concessionária.

Com efeito, embora no domínio das concessões de atividades públicas dominiais se possa verificar, consoante o específico regime concessório, a prestação de um serviço público aos utentes do bem dominial (não já assim nas de uso privativo, nas quais o interesse privado no uso sobreleva, sem qualquer dúvida, o interesse público, aqui correspondente a um interesse sobretudo financeiro), não é essa a realidade das concessões reguladas pelo Decreto-Lei n.º 109/94.

Para o demonstrar — e sem necessidade de grandes desenvolvimentos — basta considerar o regime que o Decreto-Lei n.º 109/94 dedica ao contrato de concessão e o tipo de obrigações a que sujeita o concessionário, para se perceber que em parte alguma, nesse conjunto de obrigações, se inclui qualquer situação que possa ser reconduzida à prestação de um serviço público em sentido próprio, que envolve sempre, seguramente, a prestação de utilidades divisíveis aos utentes de um serviço ou bem. Nenhuma das atividades concessionáveis nos termos do Decreto-Lei n.º 109/94 apresenta essa fisionomia: todas se traduzem, apenas, em atividades de prospecção ou produção de bens que são apropriados pelo próprio concessionário para os seus fins privados, não havendo benefício direto<sup>(86)</sup> aos cidadãos por via dessas atividades.

---

natureza privada, não elimina contudo a possibilidade de a Administração transferir o seu direito de exploração para particulares”, exemplificando justamente com o Decreto-Lei n.º 109/94 que, no seu art. 4.º, “integra no domínio público do Estado os jazigos de petróleo existentes na superfície emersa do território nacional, nas águas interiores, no mar territorial e na plataforma continental (...), e que disciplina a atribuição de concessões para a produção de petróleo”.

<sup>(86)</sup> A ressalva decorre de o Decreto-Lei n.º 109/94 prever formas de benefício

### § 3.º Conclusões

32. Do estudo realizado pode extrair-se, em síntese, que:

- a) O Decreto-Lei n.º 109/94 é o diploma nacional que regula a fase *upstream* da cadeia de valor do sector petrolífero, *i.e.*, as “actividades de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo”;
- b) De acordo com o Decreto-Lei n.º 109/94, as atividades de prospecção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo são desenvolvidas ao abrigo de concessão jurídico-administrativa, a qual deverá ser precedida de um de dois procedimentos: concurso público ou negociação direta;
- c) O regime do Decreto-Lei n.º 109/94 revela-se conforme às exigências previstas na Diretiva 94/22/CE;
- d) O critério determinante para aferir se determinado regime cessou a sua vigência em virtude da aplicação da norma revogatória consagrada no art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprova o CCP é o de se tratar de uma “matéria regulada” no CCP;
- e) Por matéria regulada deve considerar-se, não apenas a relativa à formação de contratos públicos ou à execução de contratos administrativos, mas ainda a matéria que, analisados os critérios objetivos e subjetivos de aplicação do CCP, neste domínio, esteja abrangida pelo seu âmbito (objetivo e subjetivo) de aplicação; e mais: ainda que uma matéria esteja, genericamente, abrangida por essa regulação, deve sempre procurar indagar-se se uma concreta questão é regulada pelo CCP;

---

indireto à população em caso de ser descoberta uma fonte de hidrocarbonetos (designadamente, pela via fiscal, já que a exploração dessa fonte está sujeita a um imposto especial). Mas beneficiar indiretamente a comunidade pela via fiscal nada tem que ver com prestar uma atividade de *serviço público*.

- f) A regulação do procedimento de concurso público, prevista no Decreto-Lei n.º 109/94, foi objeto de revogação *parcial* pela norma constante do art. 14.º, n.º 2, do decreto preambular do CCP, uma vez que a contratação das atividades de prospeção e extração de petróleo é uma matéria regulada pelo CCP e este Código disciplina a tramitação específica do procedimento de concurso público;
- g) Devem porém considerar-se ressalvadas dessa revogação, e portanto, plenamente vigentes, todas as normas do Decreto-Lei n.º 109/94, ainda que relativas ao regime do concurso público por esse diploma regulado, que sejam essenciais à transposição de regras claras e inequívocas (e por isso indisponíveis para o legislador nacional) pertencentes à Diretiva 94/22/CE, sob pena de ter de se entender que, por via do art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprovou o CCP, foi criada uma situação de incumprimento do dever de transposição daquela Diretiva europeia de 1994;
- h) Ao contrário de todos os procedimentos pré-contratuais previstos no CCP, o procedimento de negociação direta, previsto no Decreto-Lei n.º 109/94, é um *procedimento administrativo* que se inicia por arbítrio do particular através da apresentação do competente requerimento, o que constitui a Administração no dever de lhe dar decisão em certo prazo;
- i) Por se tratar de um tipo de procedimento pré-contratual não regulado no CCP, quer na sua tramitação procedimental, quer nos seus fundamentos de escolha, o procedimento de negociação direta, previsto no Decreto-Lei n.º 109/94, não se pode considerar revogado pela norma do art. 14.º, n.º 2, do diploma que aprova o CCP, mantendo-se, por conseguinte, em vigor as regras do Decreto-Lei n.º 109/94 que o regulam;
- j) No Decreto-Lei n.º 109/94, não se preveem quaisquer obrigações de contratação pública da concessionária habilitada ao desenvolvimento das atividades de prospeção,

pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo nas suas relações com terceiros;

- k) O CCP só se aplica a contratos cujo procedimento de formação se tenha iniciado em data posterior à sua entrada em vigor (29 de Julho de 2008), devendo considerar-se que o início do procedimento coincide com a decisão de contratar;
- l) Os contratos celebrados com terceiros por uma concessionária habilitada a realizar atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, na sequência de procedimentos de formação iniciados em momento anterior ao da entrada em vigor do CCP, não estão sujeitos à disciplina deste Código; considerando a inexistência de normas de contratação pública especificamente previstas no Decreto-Lei n.º 109/94 e na Diretiva 92/44/CE, e bem assim a inaplicabilidade de quaisquer outros diplomas (Decreto-Lei n.º 223/2001), não estavam igualmente sujeitos a regras de contratação pública;
- m) Quanto a contratos a celebrar com terceiros após a entrada em vigor do CCP (seja no âmbito de concessões outorgadas antes deste momento ou depois), as concessionárias de uma área geográfica para a prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo não são consideradas entidades adjudicantes no âmbito dos sectores especiais, uma vez que o direito exclusivo que lhes é conferido não preenche os requisitos previstos no art. 7.º, n.º 1, alínea b), do CCP: não só ele não afeta substancialmente o exercício dessa atividade por outras entidades, como se poderá e deverá considerar que os procedimentos de atribuição das concessões regulados pelo Decreto-Lei n.º 109/94 se conformam (concurso público) ou não molestem (negociação direta) as exigências do princípio da concorrência;
- n) A contratação por concessionárias de áreas geográficas para o exercício da atividade de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, cujo título habi-

litante lhes tenha sido atribuído ao abrigo de um procedimento compatível com o Decreto-Lei n.º 109/94 ou com o CCP, está igualmente abrangida pela exclusão de aplicação da Parte II do CCP, prevista no art. 13.º, n.º 2, alínea *b*), do mesmo Código, exclusão essa que, no que diz respeito à prospeção, está expressamente afirmada na Decisão de Execução (UE) 2015/2177;

- o*) Uma vez que se trata de uma *concessão de uso privativo*, ou, eventualmente, sendo descoberto petróleo, uma *concessão de exploração* de um bem público, às concessionárias habilitadas a realizar atividades de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo, que não sejam qualificadas como entidades adjudicantes, não é também aplicável o regime de extensão do CCP previsto nos arts. 276.º e 277.º deste diploma.